Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der kgl. württ.

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Otto Jehle

Justizreferendär.

Reutlingen.
Druck von Gotthold Schauwecker.
1905.

Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der kgl. württ.

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Otto Jehle

Justizreferendär.

Reutlingen.
Druck von Gotthold Schauwecker.
1905.

Gedruckt mit Genehmigung der Fakultät.

Referent: Herr Professor Dr. Beling
derzeit Dekan der juristischen Fakultät.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547024_0159

Verzeichnis der Abkürzungen.

Bayer. Entscheidungen: Sammlung der Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für Bayern.
Binding, L.: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts II Auflage I. Band.
D. J. Z.: Deutsche Juristenzeitung.
E.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Frank, Komm.: Frank, das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. III. Auflage.
G. A.: Archiv für Strafrecht, begründet durch Goldammer.
G. S..: Gerichtssaal.
H. H.: Von Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts.
Münchener Entscheidungen: Sammlung der Entscheidungen des O. L. G. München.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. VI. Auflage.
Oppenhoff, Komm.: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. XIV. Auflage.
O. R.: Oppenhoff, die Rechtsprechung des Kgl. Berliner Obertribunals in Strafsachen.
P. O.: Preussisches Obertribunal.
R.: Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
St. Z.: Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis u. s. w.
Z.: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
St. G.. B. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
B. G. B. Bürgerliches Gesetzbuch.
H. G. B. Handelsgesetzbuch.
C. P. O.: Civilprozessordnung.
K. O.: Konkursordnung.

Die den Autoren beigefügten Zahlen bedeuten die Seiten, anders, wenn besonderes bemerkt ist, und bei Kommentaren, wo sie auf die Anmerkungen der Gesetzesstelle verweisen.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

A. Das Vermögen.

§ 2. Das Vermögen im allgemeinen 2
A. im Sinne der Nationalökonomie 2
B. im Rechtssinn 3
I. Im allgemeinen 3
II. Gemeines Recht und BGB. 3
1—3) verschiedene Ansichten 3u.4
4) richtige Auffassung 4

§ 3. Das Vermögen im Strafrechtssinn speziell in der Zusammensetzung Vermögensvorteil 10
I. Ausgangspunkt 10
II. Das Resultat 11
1) Geldwertheit jedes Vermögensstücks . . 11
2) Bloss rechtlich geschützte Beziehungen . 15
3) Inbegriff und Werteinheit der Vermögensbestandteile 21

B. Der Vermögensvorteil.

§ 4. Seine strafrechtliche Bedeutung im allgemeinen . . 23
§ 5. Vermögensvorteil und Vermögensbeschädigung . . 29
§ 6. Besondere Fälle 35

C. Die Rechtswidrigkeit.

§ 7. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils im allgemeinen 45
A. Grundlegung 45
B. Die Beziehung des Rechtswidrigkeitsbegriffs auf den Vermögensvorteil 47
C. Wann ist ein durch Täuschung, Drohung, Gewalt herbeigeführter Vermögensvorteil rechtswidrig? 48
I. Er ist es nicht, wenn die Erwerbshandlung nicht rechtswidrig ist. Einfluss des Civilrechts 48

1) Täuschungs- und Gewalthandlung . . 51
2) Drohungshandlung 52
II. Billigung des Handlungsresultats 55
III. Zusammenfassung 57
IV. Kondiktionslehre im Strafrecht 57
§ 8. Die Ergebnisse des § 7 im Einzelnen 61
A. Widerrechtlichkeit der Bestimmung durch Drohung oder Täuschung 61
A. I. Billigung des Vermögenserwerbs? 63
I. Bei unerlaubten Geschäften 63
a—e besondere Tatbestände . . . 63—65
Vermögensbeschädigung 67
Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils bezüglich des Tatbestandes e 69
1) Ausgangspunkt 69
2) Begründung der herrschenden Ansicht . 70
a—c Gründe . . . . . 70—73
3) Resultat 73
4) Begründung 74
II. Rechtliche Unmöglichkeit der Gegenleistung, Zauberei, Hexerei 77
III. Unerlaubte Spiele und Wetten 79
IV. Erlaubte Geschäfte der §§ 762/4, 656 BGB. 80
V. Moralische Verbindlichkeit 83
VI. Verjährung 83
VII. Das rechtskräftige Civilurteil 85
VIII. Das rechtskräftige Strafurteil 87
IX. Die sog. reiche Ehe 87

Einleitung.

§ 1.

Der Begriff des rechtswidrigen Vermögensvorteils ist, wie viele andere strafrechtliche Ausdrücke, gesetzlich nicht bestimmt. Eine Legaldefinition in kurzen prägnanten, der gesetzlichen Ausdrucksweise, insbesondere auch des St. G. B., entsprechenden Worten zu geben, wäre sehr schwierig, wenn nicht überhaupt unmöglich gewesen. Denn die zahllose Menge von Arten rechtswidriger Vermögensvorteile verleitet leicht zu Definitionen, die entweder wegen zu grosser Allgemeinheit wertlos sind, oder aber den Begriff nicht erschöpfend wiedergeben. Keine der bisher aufgestellten Definitionen, die nicht nur in einer Wortgliederung bestehen, kann den Anspruch erheben, nach jeder Richtung hin vollkommen zu sein, und fast jeder neue Versuch einer solchen scheiterte daran, dass auf der einen Seite Fälle mit in die Definition hineingezogen wurden, die nicht unter sie fallen sollten, andererseits wieder Fälle ausser Acht gelassen wurden, die zweifellos zu den rechtswidrigen Vermögensvorteilen gerechnet werden müssen. Dieser Umstand erschwert auch die wissenschaftliche Erfassung des gedanklichen Inhalts. Dazu kommt, dass, wie überall da, wo Gesichtspunkte der allgemeinen Rechtswissenschaft, des Civil- und des Strafrechts gemeinsam für die Auslegung massgebend sind, so auch hier sich der Interpretation nicht unerhebliche Schwierigkeiten darbieten, da die Ausgangspunkte civilistischer und strafrechtlicher Betrachtungsweise oft durchaus im Widerspruch stehen und hier doch ein möglichst übereinstimmendes Bild gegeben werden soll.

A. Das Vermögen.

§ 2.

Im Allgemeinen.

Vermögen ist ein Begriff des täglichen Lebens und der Wissenschaft. In letzterer Hinsicht werden wieder zwei Begriffe unterschieden, ein nationalökonomischer und ein juristischer.

A. Im Sinne der Nationalökonomie ist Vermögen der Inbegriff der Güter d. h. Sachen und Rechte, über die jemand rechtlich oder tatsächlich in seinem Interesse verfügen kann, von einem andern Standpunkt aus betrachtet der Gesamtwert dieser Güter. [1])

1) Zum Vermögen gehören auch diejenigen Sachgüter, „welche als der Bedürfnisbefriedigung abträglich, nur aus idealen Rücksichten unterhalten werden." [2]). Man denke nur an das Versicherungswesen, wo tagtäglich insbesondere bei Feuerversicherungen Gegenstände versichert werden, die lediglich Affektionswert haben oder aber geldwerte Gegenstände zu dem höheren Affektionswert angeschlagen, versichert werden. Der goldene Ring, der am Finger getragen wird, das alte Pferd, ist ein Vermögensstück ebenso wie die Aktie, die vom höchsten Kurs auf den niedrigsten sinkt.

2) Die Nationalökonomie rechnet im Gegensatz zur Jurisprudenz zum Vermögen Verhältnisse, über die jemand bloss tatsächlich, nicht rechtlich, verfügen kann. Als solche führt sie insbesondere an: Gebrauch einer Firma, geschützte Zeichen und Marken [3]), tatsächliche Bekanntschafts- oder Kundschaftsverhältnisse [4]), Besitz, insbesondere aber Besitz eines Inhaberpapiers und in blanco girierten Wechsels. [5]) Hiegegen ist anzuführen, dass alle von der Nationalökonomie zum Beweise angezogenen Verhältnisse des Rechtsschutzes geniessen, ferner,

[1]) So Neumann: Wirtschaftliche Grundbegriffe im Handbuch der politischen Ökonomie herausgegeben von Schönberg IV A 1896 Bd. I S. 148 ff.

[2]) a. A. manche; bes. Rau-Wagner Politische Ökonomie Bd. I 457.

[3]) Heute existiert ein Firmen-, Marken- und Zeichenrecht.

[4]) Diese Verhältnisse schützt bes. das Gesetz von 1896.

[5]) Der Besitz dieser Papiere erscheint als Recht, wofern nur der Erwerber vom allgemeinen Rechtsgesichtspunkt aus eines Schutzes wert ist. § 935 BGB.

dass tatsächliche Verhältnisse weder wirtschaftlich noch rechtlich als Vermögensverhältnisse bezeichnet werden können, soweit sie nicht rechtlich anerkannt sind. Wenn es rechtlich jedem jederzeit gestattet ist, diese Verhältnisse zu den seinigen zu machen, so ist derjenige, welcher nach der Terminologie der Nationalökonomie [1]) angeblich verfügungsfähig ist, dies in Wahrheit überhaupt nie.

B. I. Im Rechtssinn hat man mehrere Vermögensbegriffe zu unterscheiden, daher ist die Hauptfrage, im Sinne welcher Gesetzesbestimmung der Begriff darzulegen ist. Enthält nun ein Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung des Vermögensbegriffs, so ist damit nach allgemeiner Ansicht auf den Begriff des Civilrechts verwiesen. [2])

II 1. Was nun die Begriffsmerkmale der einzelnen Vermögensbestandteile anlangt, so gelangte die Theorie des gemeinen Rechts u. des bürgerl. Gesetzbuches zu einer durchaus einheitlichen Begriffsbestimmung: „Vermögen ist die Summe der geldwerten Rechte." [3])

[1]) Ausserdem widerspricht der Passus: „Verfügung über eine Sache", der sich an die Sprechweise des gemeinen Mannes anschliesst, der streng juristischen Betrachtungsweise (vergl. Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts 1842 II. 209). Wofern man unter Sache das Eigentumsrecht daran versteht, ist vom Rechtsstandpunkt aus nichts einzuwenden. Vgl. die römische Einteilung: res corporales (Eigentum) und res incorporales (andere Rechte). Ja es ist anlässlich der Versuche, das Recht am Recht zu erklären, schon der Satz aufgestellt worden, im strengen Sinne des Wortes gebe es nur ein Recht an der Sache, das Eigentumsrecht, während alle übrigen Sachenrechte Rechte an diesem dinglichen Vollrecht seien. So erkläre sich insbesondere die Elastizität des Eigentums.

(Fuchs, Grundbuchrecht I. S. 33. 34; Endemann: Lehrbuch des B. G. B. VIII A. Bd. II. S. 32; Gierke: Deutsches Privatrecht I § 31; Windscheid-Kipp: Pandekten I § 48a; Planck: Komm. zum B. G. B. Bd. III S. 376.)

[2]) Sohm: Institutionen des römischen Rechts X A S. 24: „Das Privatrecht handelt von der eigennützigen Herrschaft der Person über die Sachgüter (Vermögensrecht im engeren Sinn)."

[3]) Die Pandekten von: Dernburg I § 67; Wendt § 36; Bekker I § 40; Brinz I, 446; Regelsberger § 95: „Blosse Erwerbsmöglichkeiten gehören nicht zum Vermögen wie z. B. der Anfall einer Erbschaft, obgleich die rechtswidrige Vereitelung zur Ersatzpflicht führen kann. Ebenso verhält es sich mit gewissen tatsächlichen Beziehungen, die wirtschaftlichen Wert besitzen, die möglicherweise bei Veräusserungen mit übertragen werden und unter Rechtsschutz stehen (z. B. Kundschaft bei einem Gewerbe)." Lehrbücher des bürgerlichen Rechts von Crome I § 31; Matthiass I, § 37; Cosack II A § 49; Endemann a. a. O. I § 50; Heilfron II A I § 9.

Somit besitzen die rechtlich geschützten Beziehungen, die die Rechtsordnung nicht zu subjektiven Rechten ausgestaltet hat, ebensowenig Vermögensqualität wie die geldwertlosen Rechte.

2) In letzterer Hinsicht sind die Ausführungen Windscheid-Kipps [1]) beachtenswert. Eine in concreto nicht in Geld abschätzbare Sache (z. B. ein Brief) gehöre auch zum Vermögen, weil sie in vielmal vergrösserter Menge mindestens einen Pfennig Geldwerts darstelle. Somit kann man im Civilrecht von geldwerten Sachen oder Vermögensstücken auch da sprechen, wo nur die Möglichkeit des Geldwerts der Substanz und nur in abstracto vorliegt. [2])

3) Einen andern Standpunkt gegenüber dem geltenden Rechte nimmt Enneccerus [3]) ein: „Nur beiläufig sei bemerkt, dass die gewöhnliche Definition des Vermögens nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch weniger zutrifft als nach gemeinem Recht. Wie nämlich schon das römische Recht Obligationen ohne Geldwert anerkennt und das gemeine Recht noch darüber hinausgeht [4]), so ist vollends nach dem BGB. für den Obligationsbegriff ein Geldinteresse des Gläubigers nicht erforderlich.

M. E. hat dieser Schriftsteller, obwohl er den Vermögensbegriff selbst nicht wörtlich fixiert, einen Einwand gegen die herrschende Lehre erhoben. Er geht davon aus, dass der Vermögensbegriff nicht a priori ohne vorgängige Erwägung der positiven Bestimmungen eines Gesetzes gewonnen werden kann. Vielmehr sind die einzelnen zusammengehörigen Bestimmungen eines Gesetzes oder einer bestimmten Materie desselben, die auf einen Begriff Bezug nehmen, zusammenzufassen und aus ihnen der Oberbegriff zu gewinnen.

4. Gehen wir von diesem richtigen Gesichtspunkte aus, so erscheint uns das Vermögen als die **Summe der rechtlich**

[1]) Pandekten I § 42 Anm. 1.

[2]) So auch Buri (Beilageheft zum G. S. Bd. XXIX S. 9 ff.), der diese, in Z. 4 noch näher darzulegende, zivilistisch gerechtfertigte Betrachtungsweise zu Unrecht dem strafrechtlichen Vermögensbegriff bei Erpressung und Betrug zu Grunde legt.

[3]) Enneccerus und Lehmann: Lehrbuch I § 45 Anm. 4.

[4]) Windscheid-Kipp a. a. O. II. S. 1 ff. Auf einem Umweg über das Recht der Schuldverhältnisse anerkennt er trotz § 1939 Forderungsvermächtnisse ohne Geldwert Bd. III. S. 545.

geschützten Beziehungen, so weit sie geeignet oder ihrer Natur nach dazu bestimmt erscheinen, dem Selbstinteresse jemandens dienstbar gemacht zu werden.

aa. Wenn wir die einzelnen Teile des BGB. betrachten, so tritt uns der Vermögensbegriff am klarsten im Erbrecht entgegen. Nach § 1922 handelt das Erbrecht nur vom Übergang der vermögensrechtlichen, nicht sonst irgendwie gearteten Verhältnisse. Somit wäre es mit der Auffassung, dass unter Vermögen bloss geldwerte Rechte subsumiert werden können, unvereinbar, wenn BGB. in § 2047 II, der von der Aufteilung der Erbschaft spricht, anordnet, dass Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, auf dessen Familie oder auf den ganzen Nachlass beziehen, gemeinschaftlich bleiben sollen. Ja der Gesetzgeber trifft nochmals eine ausdrückliche Bestimmung über regelmässig geldwertlose, lediglich für das familiäre Affektionsinteresse bedeutungsvolle Sachen im § 2373, wo er den Rechtssatz aufstellt, dass beim Verkaufe einer Erbschaft d. h. des durch § 1922 umgrenzten Komplexes, wie überhaupt bei allen Verträgen, die auf die Veräusserung einer dem Veräusserer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind, Familienbilder und Familienpapiere im Zweifel nicht als mitveräussert anzusehen sind. Vgl. § 2371 ff. 2385.

Die meisten Autoren sind jedoch anderer Ansicht. Sie sagen: Vermögen im erbrechtlichen Sinne bedeutet nichts anderes als den von der Rechtswissenschaft längst festgestellten Begriff (s. o.) Wo es sich jedoch um die praktische Anwendung des Begriffs handelt, halten sie an dessen Bestimmung nicht mehr fest. So Strohal [1]): „Durch die den Vermögensvorteil, den das Vermächtnis regelmässig dem Bedachten gewährt, hervorhebende Bestimmung des § 1939 ist übrigens die Zulässigkeit von Vermächtnissen nicht schlechthin ausgeschlossen, bei welchen ein, dem Bedachten zukommender Vermögensvorteil gar nicht in Betracht kommt. Man denke z. B. an das Vermächtnis von Familienbriefen.“ [2])

[1]) Erbrecht Bd. I S. 36 u. S. 23, die dort zitierten Autoren u. Anwendungsfälle.

[2]) a. A. Planck a. a. O. Bd. V § 1939 Anm. 2, unter konsequenter Festhaltung am üblichen Vermögensbegriff; ebenso Hellwig: Wesen u. subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 311.

Somit ist der Nachweis erbracht, dass wenigstens im erbrechtlichen Sinn Geldwerthheit einer Sache oder eines Rechts keine Voraussetzung der Zugehörigkeit zur Erbschaft, zum Vermögen des Erblassers, des Erben und des Vermächtnisnehmers bildet.

bb. Im erbrechtlichen Sinn besteht des weiteren das Vermögen nicht lediglich aus Sachen und Rechten, sondern auch aus blossen **rechtlich geschützten Beziehungen.** [1]) So umfasst es insbesondere den Besitz. Seine Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Machtsphäre einer bestimmten Person ist durch zahlreiche Anordnungen des BGB. geschützt. Er ist ein Rechtsgut. Die Behauptung, dass er ein Recht sei, lässt sich mit den tatsächlichen Grundlagen dieses Instituts, die mit der sonstigen Rechtsordnung oft im Widerspruch stehen, sowie mit seiner geschichtlichen Entwicklung nicht wohl vereinigen. Ausserdem giebt das BGB. gewisse Anhaltspunkte dafür, dass es den Besitz nicht als subjektives Recht betrachtet wissen will. Belege hiefür sind die §§ 268 I. 865. 93 E. G. BGB. a 180 C. P. O. § 325 I. [2]) Seine Vererblichkeit konstatiert § 857 BGB. Die hier vertretene Auffassung findet auch eine Stütze in HGB. § 27, der die Vererblichkeit des Handelsgeschäfts darlegt, dieses somit für ein Vermögensstück i. S. des § 1922 BGB. erklärt. Geschäft aber ist der Komplex all dessen, was zum Betrieb des betr. Handelsgewerbes gehört. Ausser den Sachen und Rechten auch die sog. Chancen des Geschäfts d. h. tatsächliche Beziehungen, welche den Betrieb ermöglichen oder fördern, sei es, dass sie in Fabrikgeheimnissen oder in der Kenntnis von Bezugs- und Absatzquellen oder in dem durch reelles Geschäftsgebahren oder hervorragende Leistungen erworbenen geschäftlichen Vertrauen oder Rufe bestehen. [3])

[1]) ebenso Jung: Die Bereicherungsansprüche 1902, S. 148, 149.

[2]) Ein genaueres Eingehen auf diese Frage würde den Rahmen der Abhandlung überschreiten; vergl. übrigens:
Fuchs a. a. O. I S. 18, 19, 27.
Cosack a. a. O. II S. 81.
Binding L. 243, Dernburg, Sachenrecht 42.
Strohal in Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 40 ff.
Bekker daselbst Bd. 34 S. 1 ff.

[3]) Staub, Kommentar zum HGB. S. 126. Der Rechtsschutz dieser Beziehungen beruht hauptsächlich auf dem Wettbewerbs- und Warenschutzgesetz,

b) Im Gebiete des Sachenrechts ist schon in den Zeiten des gemeinen Rechts, als das Dogma der Geldwertheit jedes Vermögensstückes die Theorie beherrschte, anerkannt worden, dass das umfassendste Sachenrecht, das Eigentumsrecht, auch an geldwertlosen Sachen bestehen könne. Anders allerdings dürfte es sich mit dem Pfandrecht verhalten, das seinem Wesen nach auf Ausnützung des Geldwerts einer Sache gerichtet ist. Zweifelhaft ist die Entscheidung der Frage beim Niessbrauch; eine einzelne Sache, an der er bestellt wird, muss wohl Geldwert haben, es sei denn, dass man den Besitz und den Aestimationswert als Nutzung ansehen will. Das muss man aber tun in Anbetracht des § 1089, der einen Niessbrauch an der Vermögensgesamtheit der Erbschaft ermöglicht.

Auch bei anderen absoluten Rechten ist der Affektionswert bedeutungsvoll. Dies beweisen die Bussen, [1]) die in den Reichsgesetzen mannigfache Aufnahme gefunden haben und hier oft zum Schutze affektionswerter Verhältnisse dienen. Für die Höhe der zu erkennenden Bussen ist nicht allein massgebend die Höhe des Geldschadens; sondern auch die Verletzung blos affektionswerter Beziehungen.

c) Ebenso kann durch Privatwillkür eine Vertragsstrafe an die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung geknüpft werden, wofern sie nur unter Rechtszwang gestellt werden darf, ohne dass sie einen pekuniären Vorteil für den Versprechensempfänger zu haben braucht. [2]) § 343, 2. BGB.

Hiemit sind wir ins Obligationrecht eingetreten, dessen Gebiet die Entscheidung der Frage angehört, ob der Begriff der Schuldverhältnisse, BGB. § 241, nicht so zu beschränken sei, dass nur Leistungen darunter subsumierbar erscheinen, die nach der Verkehrsauffassung als Aequivalent von Geldleistungen angesehen werden können. Schon während der Herrschaft des gemeinen Rechts mehrten sich von Jahr zu Jahr die Stimmen derer, die die sog. Aestimabilität der Obligation für entbehrlich erachteten. Auf Grund der Bestimmungen des BGB. ist ihre Zahl noch bedeutend gewachsen. Die Vorarbeiten des BGB.

[1]) Patentgesetz § 37, Gebrauchsmusterg. § 11, Warenzeicheng. § 18, Wettbewerbsgesetz § 14; Gesetze zum Schutz des geistigen Eigentums,

[2]) Wendt; Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 92 S. 49,

geben einen Anhaltspunkt dafür, dass ein Schuldverhältnis einen Geldwert nicht darstellen muss. [1])

Immerhin aber muss es sich um ein rechtliches Verhältnis handeln, das seiner Natur nach geeignet ist, dem Selbstinteresse zu dienen, d. h. nicht können Verhältnisse, die lediglich durch die gute Sitte und den Anstand beherrscht werden und beherrscht werden sollen, zu Rechtsverhältnissen erhoben werden. [2])

d) Das Familienrecht, auch sonst mit dem Erbrecht nahe verwandt, teilt mit dem letzteren denselben Vermögensbegriff, was sich insbesondere aus den §§ 1638, 1803, 1369 ergibt.

5) Zum Beweise dafür, dass eine blosse Erwerbsmöglichkeit, wie z. B. der Anfall einer Erbschaft, nicht zum Vermögen gehört, würde sich wohl die allgemein herrschende Ansicht im Gebiet des bürgerlichen Rechts auf § 517 berufen, der besagt: „Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines andern einen Vermögenserwerb unterlässt, oder auf ein angefallenes noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet, oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt."

Aber eine derartige Argumentation ist keineswegs zwingend. Zunächst ist zu bedenken, dass es sich im § 517 einzig und allein um eine spezifisch schenkungsrechtliche Vorschrift handelt. Allerdings scheinen die Ausführungen der Motive der II. Kommission von anderen Anschauungen ausgegangen zu sein, sofern sie besagen, dass es hier an dem Begriffsmerkmal der Vermögensverschiebung fehle. Wenn man indes den Gründen der Motive näher nachforscht, so kommt man zu einem andern Ergebnisse. Anlangend die Ausschlagung der Erbschaft, heisst es da, erscheine es nicht geraten, das Moment der Schenkung hineinzutragen, damit nicht die Spekulation der Gläubiger auf die dem Schuldner anfallende Erbschaft begünstigt werde. Merkwürdig vom Standpunkt der Motive, aber im Sinne der hier vertretenen Ansicht, erscheint folgender Satz derselben: „In anderen Fällen handle es sich darum, ob die Form nur zur

[1]) Motive zum BGB. II, 5, Protokolle S. 279 ff.

[2]) Planck a. a. O. Bd. II, 241.
Kohler: Archiv für bürgerliches Recht XII S. 1 ff,
Wendt: a. a. O. S. 43 44.

Verschleierung gewählt sei. Hier werde es schon gelingen, den eigentlichen Charakter des Rechtsgeschäfts als Schenkung herauszufinden und als solche werde es alsdann auch behandelt werden."

Letzterer Satz stellt m. E. die ratio legis des § 517 dar. Es fehlt in der Regel an der nach § 516 erforderlichen Einigung über die unentgeltliche Zuwendung. Liegt sie aber vor, so ist kein Grund vorhanden, die Ausschlagung der Erbschaft nicht als Schenkung zu charakterisieren. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus Motive II S. 391: „Anderer Beurteilung unterliegt in dieser Beziehung der Pflichtteilsanspruch (Entwurf I §§ 290 1992)." Seinen Erlass sehen also die Motive als eine Schenkung an. Warum? Weil er sich in einer Erklärung, einem Verzicht, gegenüber dem die Summe lukrierenden Erben vollzieht; während die Ausschlagung der Erbschaft dem Nachlassgericht gegenüber zu erklären ist.

Als weiterer Stützpunkt für die Richtigkeit dieser von uns bekämpften Ansicht könnte wohl § 9 K. O. ins Feld geführt werden. Die Annahme oder Ausschlagung einer vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft, sowie eines vor diesem Zeitpunkt dem Gemeinschuldner angefallenen Vermächtnisses steht nur dem Gemeinschuldner zu; während nach § 1 K. O. das Konkursvermögen das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Konkurses gehört, umfasst. Der Ausschluss der Erbschaften spricht jedoch eher für die dargelegte Ansicht als dagegen.

Das logische Verhältnis des § 9 K. O. zu § 1 ist das der Ausnahme zur Regel. Obwohl es sich auch hier um Vermögen im Sinne des § 1 handelt, soll doch der Konkurs auf diese Verhältnisse keinen Einfluss haben. Die Erklärung können lediglich geschichtliche Erwägungen in Verbindung mit den in den Motiven festgelegten Anschauungen ergeben. Der Grund liegt darin, dass der Erwerb von Todeswegen nicht nur einen vermögensrechtlichen, sondern zugleich einen persönlichen Charakter hat und dass nach §§ 1953 Abs. 1, 2180 Abs. II BGB. die Ausschlagung mit der Wirkung erfolgt, dass der Anfall als nicht geschehen gilt, wiewohl gemäss §§ 1922, 1942, 2176 BGB. die Erbschaft und das Vermächtnis kraft Gesetzes

erworben werden und sie daher bei einem Anfall vor der Konkurseröffnung nach § 1 Abs. 1 zur Konkursmasse gehören würden. [1])

§ 3.

Das Vermögen im Strafrechtssinn, speziell in der Zusammensetzung „Vermögensvorteil."

A. Diese privatrechtlichen Ausführungen waren erforderlich, da nach einer weitverbreiteten Ansicht Vermögen im strafrechtlichen Sinne immer gleichbedeutend ist mit dem jeweiligen civilrechtlichen Vermögensbegriff und dies auch in den Zusammensetzungen: Vermögensbeschädigung und Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug.

B. Es ist nun im Vorhergehenden dargelegt worden, dass jedenfalls der moderne zivilistische Vermögensbegriff auch nicht geldwerte Gegenstände, Sachen und Rechte, und blosse rechtliche Beziehungen umfasst. Trifft dies nun auch für den Strafrechtsbegriff zu?

I. Bevor man diese Frage bejahen oder verneinen kann, hat man sich über die Art und Weise klar zu werden, wie der strafrechtliche Vermögensbegriff gewonnen werden kann. Vor allem ist zu betonen, dass der Vermögensbegriff nicht bei sämtlichen theoretisch in die Gruppe der Vermögensverbrechen eingereihten Delikten in gleichem Sinne festgelegt wird. Hier haben wir es mit dem Vermögensbegriff bei Betrug und Erpressung zu tun, wie er sich im Laufe der Geschichte entsprechend den Bedürfnissen des Lebens entwickelt hat. Ob eine Sache, um gestohlen werden zu können, Vermögensqualität i. S. der §§ 253, 263 St.G.B. haben muss, wird durch die theo-

[1]) Die Zugehörigkeit der Erbschaften und Vermächtnisse zur Konkursmasse richtete sich im gemeinen, französischen und preussischen Recht einzig und allein nach der Art und Weise ihres Anfalls (kraft Gesetzes oder kraft Antretung). Vgl. Sydow-Busch K. O. §§ 9, 29. Jäger K. O. zu § 9. Strohal a. a. O. Band II, S. 18.

retische Zusammenfassung des Diebstahls mit dem Betrug als Vermögensverbrechen nicht entschieden. [1] [2]

II. Nach der herrschenden und wie weiter unten darzulegen, richtigen Ansicht [3] ist der strafrechtliche Vermögensbegriff i. S. der §§ 253, 263 St.G.B. zu bestimmen als der **Inbegriff der geldwerten rechtlichen Beziehungen, die jemandem zum Selbstinteresse zustehen.** Für Binding [4] ist das Vermögen kein Inbegriff, keine einheitliche Wertmasse, sondern die Summe sämtlicher Vermögensrechte und Pflichten einer Person, gleichviel ob sie im Einzelnen Geldwert haben oder nicht. Durch die Nichtberücksichtigung des Geldwerts eines Gegenstandes harmoniert der Binding'sche Begriff mit dem zivilrechtlichen Vermögensbegriff. Dagegen weicht er dadurch, dass er blossen rechtlichen Beziehungen, welche die Rechtsordnung nicht zu subjektiven Rechten ausgebaut hat, die Vermögensqualität abspricht, von der herrschenden Straf- und Civilrechtstheorie ab.

1. Ein Gegenstand, für den sich kein Geldwert festsetzen lässt, fällt nicht unter ben strafrechtlichen Vermögensbegriff.

a) Ob aber ein Gegenstand Geldwert besitzt, dafür ist nicht entscheidend die Art der individuellen, vielleicht törichten Benützung desselben im Einzelfalle [5]; sondern seine Markt-

[1] So auch Binding L. S. 238 u. bes. Birkmeyer: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1904, S. 1172.

[2] Man macht die Wahrnehmung dass verschiedene gesetzliche Bestimmungen, die dasselbe Wort enthalten, mit Rücksicht auf die an den Tatbestand geknüpften Rechtsfolgen, seine Bedeutung verschieden abgrenzen (Relativität der Begriffsbestimmung.)

[3] E. XVI. 1, s. bes. Stenglein G. S. XVIII S. 321 ff. und der andere Berichterstatter daselbst S. 435 ff. Oppenhoff Kommentar § 263 No. 13. Birkmeyer: Das Vermögen 1879 S. 308. Gauss, Erpressung und Raub 1901, S. 14. Thurow: Beiträge zur Lehre von der Erpressung 1902 S. 49.56. Irrig ist die S. 57 vertretene Auffassung, dass wer eine geldwerte Sache nur ihres Affektionswerts wegen sich aneigne, keinen Vermögensvorteil erlangt habe. Richtig Katz G. S. XXXI S. 441.

[4] L. 238, 239.

[5] So legt Binding L. 239 die herrschende Lehre fälschlich aus. In ihrem Sinn sei ein altes Pferd, dem das Gnadenbrot gereicht wird, kein Vermögensbestandteil. Dies ist unrichtig. Es bildet oft den Gegenstand eines Verkaufs sowie einer Verpfändung. Auch nationalökonomisch erscheint es als Vermögensstück. Es kann bei Versicherungsgesellschaften versichert werden. (s. o. § 2 A.) Seine Haare sind zu Möbeln gesucht; aus seinen Knochen wird Leim fabriziert,

gängigkeit, wenn auch nur innerhalb bestimmten und beschränkten Interessentenkreises. Aus dem letzteren Grunde erscheint der Gebrauchswert neben dem in der Geldscala sich ausdrückenden Tauschwert nicht mehr besonderer Berücksichtigung wert oder bedürftig; denn der Gebrauchswert stellt innerhalb eines, wenn auch sehr beschränkten Interessentenkreises noch einen Tauschwert dar.

b) Der Einwand Bindings [1]), dass das Vermögen in seinem Geldwerte nicht beschädigt werden könne, weil das Recht einen Ersatzanspruch gebe, ist nicht durchschlagend, da der Ersatzanspruch in seiner Exigibilität in der Regel hinter dem entzogenen Werte zurücksteht. Dieser Einwand spricht vielmehr gerade gegen Bindings eigene Auffassung. [2]) Nach ihm ist Vermögensbeschädigung mit Rechtsbeschädigung identisch. [3]) Aber eben wegen erwähnter Ausgleichung durch die Rechtsordnung kann ein Recht im Rechtssinn nicht verletzt werden.

Auch nach anderer Richtung darf dem Ersatzanspruch keine ausschlaggebende Bedeutung zugemessen werden. Unrichtig erscheint die weitverbreitete Ansicht, wonach Vermögen im Strafrechtsinn identisch ist mit dem durch den zivilrechtlichen Entschädigungszwang geschützten [4]). Diese Begriffsbestimmung stimmt mit der herrschenden Lehre nicht überein.

Ist ein Recht beschädigt, so ist nach Binding die Frage, ob es Geldwert repräsentiert oder blossen Affektionswert, völlig bedeutungslos [5]). In der Betonung des rechtlichen Gesichtspunktes geht er sogar soweit [6]), dass er einen Angriff auf die

[1]) L. 240 Anm. 1.

[2]) L. 239 ff.

[3]) Gegen Binding ist einzuwenden, dass die Absicht, sich ein rechtswidriges Vermögensrecht zu verschaffen, regelmässig eine contradictio in adjecto bedeutet. Ausserdem widerlegt Binding seine Argumentation gegen die herrschende Ansicht dadurch, dass er L. S. 241 ausführt, es gebe strafbare Vermögensbeschädigungen, aus denen das Civilrecht keine Ersatzforderung gewährt.

[4]) So Lauterburg, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht VI S. 169 ff. 184, Dörr: Ueber das Recht bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. S. 16, 18.

[5]) L. S. 342, 343.

[6]) L. S. 239.

Schuldverhältnisse, vom Standpunkt des Schuldners aus betrachtet, für möglich hält. Hiegegen soll der Schuldner durch die Betrugsvorschriften geschützt sein. — Eine Befreiung von Schulden ist jedoch nach der Auffassung des täglichen und des Rechtslebens für den Schuldner eine Wohltat, ein Rechtsvorteil, anders allerdings für den Gläubiger (Binding L. S. 239 vor III).

BGB. hat als obersten Grundsatz des Schadensersatzrechts das Prinzip der Naturalreparation, das auch möglich erscheint, wenn eine Sache keinen Geldwert darstellt. [1])

c) Man könnte zum Beweise der Identität des jeweiligen zivilistischen und strafrechtlichen Vermögensbegriffes auf den Begriff des Eigentums in den §§ 242, 246 etc. St.G.B. hinweisen. Man hat zwar in der früheren, insbesondere preussischen Praxis die Existenz eines besonderen strafrechtlichen Eigentumsbegriffes behauptet, diese Behauptung aber nie mit durchschlagenden Gründen versehen. Nun ist die allgemeine Ansicht, dass auf das Begriffsmerkmal „fremd" im Sinne der §§ 242, 246, 249 etc. St.G.B. seit Emanation des BGB. die Bestimmungen dieses Gesetzes anzuwenden sind, und dies ist als richtig anzusehen. [2]) Vor allem sind die Veränderungen der Eigentumsverhältnisse, wie sie das BGB. veranlasst hat, nur sehr geringfügige im Vergleich zu den bisher geltenden Rechten. Sodann ist zu beachten, dass wenn auch im Einzelfall eine Discrepanz nachweisbar wäre, die Rechtsänderung doch nur bewirken würde, dass eine Sache von einer **andern Person** gestohlen oder unterschlagen werden könnte, als dies nach den bisherigen Gesetzen der Fall war. Der Kreis der in abstracto entwendbaren Sachen würde von der Rechtsänderung nicht berührt.

[1]) Obwohl der Wertersatz in Geld beim Affektionsinteresse ausgeschlossen ist, wofern nicht eine Vertragsstrafe vereinbart wurde, s. o. § 2, B. II. 4. c. (A. A. Dernburg, Lehrbuch des BGB. II. S. 79, 80), so vollzieht sich die Naturalreparation oder der Geldersatz zur Herstellung ähnlicher Gegenstände auf Grund vermögensrechtlicher Rechtssätze (vgl. H. A. Fischer: Der Schaden nach dem BGB. in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess S. 48, 320). De lege ferenda: von Liszt: Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht in Bekkers und Fischers Beiträgen zum BGB. S. 30 ff. G. Lehmann: Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadensersatz.

[2]) Lobe: Einfluss des BGB. auf das Strafrecht, S. 6.

aa. Ganz anders verhält es sich beim Betrugsbegriff, genauer Vermögensbegriff im Sinne der §§ 263 ff. St.G.B. Durch die Abgrenzung des Vermögensbegriffes hat das BGB. auch **nicht** geldwerte Sachen demselben unterstellt. Durch die Annahme des neuen bürgerlichen Vermögensbegriffes würden Rechtsgüter Betrugsschutz geniessen, die dessen bisher nicht teilhaftig waren, da der weitere Vermögensbegriff zur Zeit der Emanation des St.G.B. sowohl dem Straf- wie dem Civilrecht unbekannt war, wie sich aus der oben angeführten, völlig übereinstimmenden Litteratur des gemeinen Rechts mit voller Klarheit ergiebt. Wollte man seit dem 1. Januar 1900 auch geldwertlose Gegenstände unter den Vermögensbegriff bei Erpressung und Betrug subsumieren, so würde dies eine im Sinne des Strafrechts unzulässige Analogie bedeuten. [1])

Hiezu kommt, dass über die neue Begrenzung des Vermögensbegriffes des BGB. in dessen Vorarbeiten eine zusammenhängende Darlegung nicht zu finden, insbesondere über das Verhältnis zum strafrechtlichen Vermögensbegriff nirgends die Rede ist. Infolgedessen müsste eine entgegengesetzte Ansicht für überaus kühn gehalten werden. [2])

bb. Noch ein weiterer Grundsatz ist anzuführen:

Im letzten Jahrhundert ist Betrug und Erpressung sowohl in Anbetracht des objektiven Inhalts der Normen der geschützten

[1]) Auffallen mag, dass der Eigentumsbegriff des BGB. mit dem des StGB. für identisch gehalten wird, während dies beim Vermögensbegriff nicht anerkannt wird. Im Gegensatz zu der herrschenden Ansicht (Lobe a. a. O. von Liszt Lehrbuch § 19) ist Finger: (Lehrbuch des deutschen Strafrechts I. S. 143) darin beizutreten, dass der Einfluss des BGB. auf das Strafrecht nicht alle Verhältnisse einheitlich festlegen kann. Die Gründe für die Entscheidungen bei obigen Rechtsverhältnissen sind oben dargelegt. Tieferes Eindringen in die Fragen kann nicht als Aufgabe dieser Darlegung angesehen werden.

[2]) Zum Beleg hiefür diene der Sachbegriff. Obgleich dieser sich zivilrechtlich schon zur Zeit der Emanation des StGB. vom Geldwert völlig getrennt hatte u. dies sich auch heute nach dem BGB nicht geändert hat, so ist doch von namhaften Schriftstellern bis auf unsere Tage Entgegengesetztes behauptet worden. (John: Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft Bd. I. S. 263 ff. v. Bar: Magazin für deutsches Recht Bd. IV S. 3 ff).

Rechtsgüter, [1]) des Momentes der Vollendung, als auch insbesondere nach der subjektiven Tatseite hin mehrfachen Schwankungen und Kontroversen unterlegen. Viele Gesetze erachteten es als zur Erfüllung der Tatbestände beider Reate genügend, wenn auch bloss ein ideeller Vorteil erstrebt war.

Angesichts all dieser Streitigkeiten sollte der Betrugs- und Erpressungsbegriff definitiv geregelt werden. Nach allen Richtungen hin wurden beide Reate einer praktischen Prüfung unterzogen und auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen gelangte Theorie und Praxis zu ganz einheitlichen Resultaten [2]).

Da wäre es doch überaus auffällig, wenn diese allgemein anerkannte Auffassung ohne irgend welche legislatorische Tätigkeit mit dem Inkrafttreten des BGB. sich geändert hätte.

2) Die oben als richtig bezeichnete Bestimmung des Vermögensbegriffes tritt in anderer Hinsicht als dem Erfordernisse des Geldwerts in Widerspruch zu den oben angeführten Ausführungen Bindings, [3]) Franks, [4]) sowie einer früheren weitverbreiteten Praxis. Letztere Ansicht lässt sich folgendermassen formulieren: Nicht rechtlich geschützte Beziehungen sind Gegen-

---

[1]) Beachtenswert erscheint, dass auch im französischen Recht Streit darüber besteht, ob es zum Betrugstatbestand genügt, „que l' objet dont on obtient frauduleusement la remise, soit simplement susceptible de propriété," oder ob der Betrugsbestand nur les intérêts purement pécuniaires zu schützen berufen sei, m. a. W., ob Betrug vorliege „si l' objet remis n' avait qu'une valeur morale, non pécuniaire". Auf Grund der Enumerationsmethode (fonds, meubles, obligations etc.) des Art. 405 code pénal bejaht Theorie u. Praxis letzteres vorwiegend. S. Dorigny: Étude de la loi et de la jurisprudence sur le délit constructif de l' escroquerie S. 161, III ff. — Alle diejenigen jedoch, welche mit Garraud: Traité théorétique et pratique du droit pénal français II, A. 1901 Bd. V. S. 585 nro 2277, die Absicht eines gain illicite zum Betrugstatbestande erfordern, sagen: il faut que l'agent ait eu en vue de réaliser un gain illicite, d' obtenir une valeur réelle, c' est-à-dire pécuniaire.

[2]) Vgl. Abegg: Lehrbuch der deutschen Strafrechtswissenschaft S. 628, ebenso Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, IV. Auflage 1886, S. 344 ff.

[3]) L. § 63, obwohl er zugibt, dass die Verletzung der Vermögensrechte nur von Seiten der Rechtsgüter her geschehen kann Warum können diese Rechtsgüter, rechtlich geschützten Beziehungen, nicht Gegenstand des Vermögenschutzes sein?

[4]) Komm. § 263 V.

stand des Vermögens, sondern nur Vermögensobjekte im engeren Sinn d. h. Sachen und Rechte.

Das Vermögen enthält zwar zu seinem grössten Teil vermögensrechte im subjektiven Sinn; aber es wird durch dieselben nicht erschöpft, ja es wird sogar von den Vertretern der wohl Vermögenrechtstheorie zu nennenden Ansicht anerkannt, dass rechtliche Interessen unter den Rechtsschutz des Vermögens fallen, die nicht zu subjektiven Rechten ausgebaut sind, so insbesondere das Betriebsgeheimnis und der Kredit. [1]) Die Richtigkeit unserer Ansicht ist oben vom nationalökonomischen Standpunkt aus dargelegt worden. Da besondere strafrechtliche Gesichtspunkte nicht gegen diese Auffassung sprechen, so ist kein Hindernis zu finden, das der Anwendung des allgemeinen Vermögensbegriffs auch fürs Strafrecht in dieser Richtung im Wege stünde. Dazu kommt, dass auch ein grosses praktisches Bedürfnis für die Billigung dieses Standpunktes spricht.

a) Hienach kann eine angefallene, aber noch nicht angenommene Erbschaft den Gegenstand betrügerischen oder erpressten Vermögensvorteils bilden, sofern sie nur einen Geldwert repräsentiert. [2])

b) In Ansehung der Zugehörigkeit des **Besitzes** zum Vermögen, ist auf das oben für das BGB. Ausgeführte zu verweisen.

c) Die Vertreter der sogen. Rechtstheorie zählen die **Kundschaft** nicht zu den Vermögenbestandteilen [3]) Zwecks Begründung der nunmehr auch in der Rechtsprechung insbesondere des Reichsgerichts behaupteten und stetig festgehaltenen gegenteiligen. m. E. richtigen Ansicht genügt der Hinweis auf

[1]) Binding L. 239.

[2]) Für das frühere Strafrecht derselben Ansicht insbesondere Köstlin, Abhandlungen S. 142.

[3]) Vgl. IV. Band S. 90 der bayer. Entscheidungen: „Abgesehen von dem Falle, in welchem sich betrüglicherweise ein dritter in die Ausführung einer bereits vertragsmässig abgeschlossenen Bestellung eindrängt, ist die Fortsetzung der Abnahme von Waren oder gewerblichen Aufträgen ein rein willkürliches, lediglich auf einer ungewissen Hoffnung beruhendes Verhältnis und darum nicht geeignet als ein vorhandener Vermögenswert betrachtet zu werden."

die Erfahrungstatsache des täglichen Lebens, wonach eine feste Kundschaft für den Warenverkäufer eine Quelle wiederkehrender Gewinnbezüge bildet, auch bei Veräusserungen des Geschäfts in der Bemessung des Preises eine grosse Bedeutung hat. [1]) Zu beachten ist, dass einige Zivilisten, insbesondere Cosack [2]) den Verkauf einer Kundschaft für möglich halten.

d) Zu Unrecht scheidet fernerhin Gryziecki [3]) von der Vermögensqualität im Betrugssinn diejenigen Fälle einer Exspektanz aus, in denen die Verwirklichung des zu erwartenden Vermögensrechts an den Eintritt von Bedingungen gebunden ist, deren Erfüllung dem Machtkreise des Prätendenten gänzlich entzogen, nur dem Gebiete der Ungewissheit anheimfällt.

Gegen diese Ausscheidung spricht folgendes praktisches Beispiel:

Der Notar hat in einem Testament den Anordnungen des Erblassers zuwider absichtlich an Stelle des A den B als Erben benannt und als er dem Erblasser das Testament vorlas, den A als eingesetzten Erben vorgetragen.

M.E. liegt hier Betrug zu Gunsten des B vor, obwohl er durch die Erbeinsetzung nur eine Exspektanz erwarb, deren Erfüllung seinem Machtkreis gänzlich entzogen war. Der Erblasser war ja jederzeit in der Lage, sein Testament zu widerrufen; er hat es aber nicht getan. Wäre die arglistige Täuschung seitens des Notars nicht vorgeschehen, so wäre dem A mit dem Tode des Erblassers ein Recht zugefallen [4])

[1]) E. VI, 75; XXI, 227.

[2]) a. a. O. § 121 II 1.

[3]) Studien über den strafbaren Betrug S. 33.

[4]) Die Richtigkeit dieser Ansicht bestätigt eine von ähnlichen Erwägungen ausgehende Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart (mitgeteilt in Boschers Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit XXX. S. 97 ff.), wonach der testamentarisch eingesetzte Erbe einen Ersatzanspruch gegen den das Testament errichtenden Notar habe, welcher in grober Fahrlässigkeit die Testamentsformen ausser acht gelassen und dadurch Nichtigkeit des Testaments herbeigeführt habe. Ebenso verhält es sich auf Grund der §§ 839, 252 fürs Recht des BGB. vgl. H. A. Fischer a. a. O. S. 66. Strohal a. a. O. Bd. I. S. 103. Derartige Fälle lassen sich in grosser Zahl denken. Beispiel: D war testamentarisch verpflichtet, an B bei seinem Tode 3000 Mark zu überlassen, oder 6000 Mark, **falls er (D) sich wieder verheirate,** sechs Monate

Ferner kann bei einem Vertrage, den nach § 312 Abs. 2 BGB. Erben über den künftigen Pflichtteil aus dem Nachlass eines noch lebenden dritten schliessen, betrogen werden, ein Verzicht auf den Pflichtteil durch Drohung erpresst werden. [1] [2]

Schliesslich soll noch § 182 des Invalidenversicherungsgesetzes zum Beweise dafür angezogen werden, dass blosse Anwartschaften Vermögensbestandteile im Strafrechtssinn sein können. Der Versicherte erwirbt gemäss § 46 des Gesetzes durch den Eintritt in das Versicherungsverhältnis nur eine **Anwartschaft** auf dereinstigen Bezug einer Alters- oder Invalidenrente. Zur Erlangung eines Anspruchs auf Invaliden- oder Altersrente ist ausser dem Nachweis der Erwerbsunfähigkeit bezw. des gesetzlich vorgesehenen Alters von 70 Jahren erforderlich die Zurücklegung der vorgeschriebenen Wartezeit und die Leistung von Beiträgen. Vgl. §§ 28 ff. So ist es möglich, dass jemand lange Zeit hindurch Beiträge entrichtet, ohne jemals einen An-

---

nach der Hochzeit. D spiegelte nun dem B vor, er habe die Absicht zu heiraten nicht, obgleich nachweislich diese Absicht schon bestand und später verwirklicht wurde, und schloss infolge der Täuschung mit B einen Vergleich dahin, dass B 2500 Mark sofort erhalten und dafür auf alle weiteren Ansprüche verzichten solle (vergl. v. Thur: Zeitschrift für Schweizer Recht, Band XVII, S. 8 und Seufferts Archiv Bd. 51 No. 4). Richtig auch Dorigny a. a. O. S. 177: Obligations souscrites sous une condition non accomplie sind Vermögensbestandteile.

[1] Vgl. O. R. XII, 387; XIV, 199.

[2] Köstlin a. a. O. S. 143 unterscheidet zwischen zukünftigen Rechten, die sich auf die personrechtliche Stellung des Subjekts gründen, einerseits und den sich auf ein erworbenes konkretes Vermögensrecht stützenden Aussichten andererseits, dann aber wieder innerhalb der Sphäre der Ersteren zwischen der betrügerischen Herbeiführung der Verzichtsleistung auf die fraglichen zukünftigen Rechte (soweit solche der Natur des Rechts nach überhaupt möglich erscheint) vor dem Eintritt der Delation derselben und der betrügerischen Herbeiführung der Uebertragung solcher Rechte für den Fall ihrer Erwerbung.

Ausser der Tatsache, dass es sich hiebei gar nicht um kontradiktorische Gegensätze handelt, dass diese Unterscheidung für die heutigen Rechtsverhältnisse praktischer Anwendungsmöglichkeit vielfach entbehrt, bleiben nach Köstlin diejenigen Fälle zukünftiger Rechte unentschieden, von denen man weder sagen kann, dass sie sich aus der personenrechtlichen Stellung des Prätendenten ergeben, noch dass sie den Inhalt eines schon vorhandenen präsenten Vermögensrechts bilden.

spruch auf die Rente zu erlangen, sei es dass er die vorgeschriebene Wartezeit oder das verlangte Alter nicht zurückgelegt hat, oder dass seine Anwartschaft aus einem gesetzlichen Grunde ihr Ende erreicht (vgl. §§ 17. 46. 146). Auf Grund des § 182 Abs. 1 werden nun bestraft Arbeitgeber, welche den von ihnen beschäftigten Personen auf Grund des § 142 Lohnbeträge in Abzug bringen; die abgezogenen Beträge aber nicht zu Zwecken der Versicherung verwenden, falls nicht nach anderen Gesetzen eine höhere Strafe verwirkt ist.

Mit vollem Recht hat das Reichsgericht [1]) erkannt, dass die vom Arbeitgeber unterlassene Verwendung der rechtmässig zu Versicherungszwecken in Abzug gebrachten Beträge einen Betrug auf Kosten des Arbeiters darstellen kann.

Nach § 182 Abs. 2 tritt erhöhte Strafe ein, wenn die Verwendung in der Absicht unterlassen wird, die Versicherungsanstalt oder den **Versicherten zu schädigen.** Der Versicherte kann aber nur bezüglich seiner Anwartschaft auf dereinstigen Rentenbezug beschädigt werden. Somit ist nach § 182 Abs. 2 die Anwartschaft auf Rente ein Vermögensbestandteil.

Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich besonders aus einem Vergleich mit § 82 b des Krankenversicherungsgesetzes. Hienach werden Arbeitgeber bestraft, welche ihren Arbeitern in gesetzlich gestatteter Weise zu Zwecken der Versicherung Lohnbeträge in Abzug bringen, diese Beträge aber, in der Absicht, die berechtigte Krankenkasse zu schädigen, der letzteren vorenthalten. In dieser Gesetzesstelle fehlt der Passus des § 182 II a. a. O: „oder in der Absicht den Versicherten zu schädigen." Und dies mit dem besten Grund. Anders als das Invalidenversicherungsgesetz beruht nämlich das Krankenversicherungsgesetz auf dem Grundsatze: „Jeder Arbeiter, der in eine versicherungspflichtige Beschäftigung eintritt, ist von selbst gegen die Folgen jeder Krankheit in der sich aus dem Gesetze ergebenden Weise versichert, mögen Beiträge bezahlt sein oder nicht (§ 49 Krankenvers.-Ges).

Daher kann hier der Arbeiter durch Einbehaltung der Beiträge seitens des Arbeitgebers in seiner Anwartschaft nicht be-

[1]) Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts 1902, S. 489.

einträchtigt werden; auf der andern Seite kann aber die „Schädigung“ i. S. des erwähnten § 182 II nichts anderes bedeuten als die Beeinträchtigung der Anwartschaft auf den dereinstigen Rentenbezug.

Aber nicht jede Exspektanz ist ein Vermögensbestandteil. Vielmehr muss sich auch hier der allgemeine Vermögensbegriff, wie er oben dargelegt wurde, bewähren. Besteht schon in der Zeit des Angriffes eine **rechtlich geschützte Beziehung,** deren Vorhandenseinsnachweis allerdings noch von der Zukunft abhängig sein kann, so ist sie möglicher Angriffsgegenstand eines Betrugs; ihre Erlangung ein Vermögensvorteil im Sinne von Erpressung und Betrug.

Letzteres Kriterium muss auch massgebend sein für die Entscheidnng der Frage, ob ausser dem dammun emergens das lucrum cessans, wie BGB. § 252 sich ausdrückt, ein Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, [1]) Vermögenswert in dem hier interessierenden Sinne besitze. Die Ansichten hierüber waren schon nach den Civilgesetzen vor dem BGB. geteilt. [2]) Olshausen [3]) und von Liszt [4]) erachten die Streitfrage durch die Bestimmung von BGB. § 252 als gelöst dahin, dass die blosse Entziehung des lucrum cessans unter allen Umständen dem Begriffserfordernisse des Vermögensvorteils bei Betrug und Erpressung genüge. Hiebei übersehen sie jedoch, dass § 252 nur den Umfang des bürgerlichen Schadensersatzanspruchs bestimmt, während dessen Existenz von anderen Rechtssätzen abhängig ist. § 252 besagt

[1]) Manche Entscheidungen sprechen von entgangenem Gewinn (lucrum cessans), wo in Wahrheit dammum emergens vorliegt. So übersieht das in Bd. IV, No. 73, S. 204 der Sammlung von Entscheidungen des bayerischen obersten Landesgerichts referierte Urteil völlig, dass der Käufer durch den Kaufabschluss nicht bloss eine Exspektanz, sondern einen Rechtsanspruch auf Lieferung der bestimmten Waren zu dem bestimmten Preise erhält. Ganz zu Unrecht schenkt das Urteil dem Kaufvertrag als einer unmittelbar vermögensändernden Tatsache gar keine Bedeutung.

[2]) Vgl. die bei Köstlin a. a. O. angeführten Gesetze und Gesetzesentwürfe; bes. § 310 des hannoverschen Gesetzbuchs von 1840.

[3]) § 263[21].

[4]) Lehrbuch, XIII. Aufl., S. 471.

nicht, dass derjenige, der einem andern das lucrum cessans entzieht, zum Ersatze desselben verpflichtet ist; sondern nur, dass, wenn auf Grund anderer Rechtssätze Schadensersatz zu leisten ist, dieser Ersatz auch den entgangenen Gewinn umfassen müsse [1]) § 249 BGB.

3. Bisher haben wir das Vermögen betrachtet nach seiner konkreten Zusammensetzung aus geldwerten rechtlichen Beziehungen. Der Einfluss des Geldes auf den Vermögensbegriff führt nun noch zu einem weiteren Schritt: alle jemandem zustehenden Güter werden nach ihrem Geldwerte geschätzt und summiert; das Vermögen erscheint uns nunmehr als **Werteinheit,** als Inbegriff der geldwerten, rechtlich geschützten Beziehungen [2]). Allerdings erklärt es Binding [3]) für kriminalistisch und zivilistisch unzulässig, von den einzelnen Vermögensrechten zu abstrahieren und das Vermögen zu verwandeln „in eine reine Quantität von gleichartigem Gehalt". [4]) Letzteres bedeutet jedoch keine Verwandlung desselben stets einheitlich zu denkenden Vermögensbegriffs, sondern berücksichtigt nur einen anderen Standpunkt der Betrachtungsweise, wie sie durch das wirtschaftliche und rechtliche Leben geboten ist. Auch diese einheitliche Masse kann Angriffsobjekt der Erpressung und des Betrugs sein, so-

[1]) Aus der strafrechtlichen Litteratur ist anzuführen, dass sich prinzipiell für die Behandlung des lucrum cessans als Vermögensstück ausgesprochen haben: Köstlin a. a. O. S. 142, 143; E. VIII, 8.; XXVI, 227, 239; XXIII, 57; Merkel in H. H. III, 764; Schwarz Komm. § 263[4]; Schütze a. a. O. S. 471; Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht II. Bd. I, S. 265; Meyer a. a. O., S. 584. Dagegen: Gryziecki a. a. O., S. 32; Kohler: Treu und Glauben im Verkehr, S. 29; E. VI, 75; XXI, 236.

[2]) Entgegen der älteren gemeinrechtlichen Auffassung, welche trotz ihrer Betonung des Geldwerts von Vermögenseinheit nur bei der Universalsuccession sprach (Haase: Archiv für zivilistische Praxis V, 1; Mühlenbruch daselbst XVII, 331 ff.) wird heute dem Vermögenseinheitsbegriff ein weiteres Anwendungsgebiet eingeräumt. Birkmeyer: Vermögen, bes. S. 308; gegen ihn Pernice: Kritische Vierteljahrsschrift XXII, S. 243 ff.; Heinsheimer: Rechte des Mannes am Vermögen der Frau in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht S. 36. Die gemeinrechtliche Auffassung auch noch nach BGB. teilt Endemann a. a. O. Bd. I, § 50.

[3]) L. 238 (2).

[4]) So Savigny, System I, S. 375. Einzig und allein dem Vermögen als Wertbegriff entspricht im Schadensersatzrecht das Interesse.

wohl des zivilistischen § 123 BGB. als auch des strafrechtlichen. Eine solche einheitliche Wertmasse repräsentiert, z. B. die Erbschaft und Niemand wird ernstlich leugnen wollen, dass nicht bei dem Verkauf einer Erbschaft oder Miterbenquote betrogen werden könne.[1]) Ja das BGB. gestattet sogar in § 311 eine Verfügung über das gesamte gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchteil desselben, wobei Erpressung und Betrug praktisch sehr leicht denkbar und kein Grund vorhanden ist, nicht auch diesfalls Strafen eintreten zu lassen.

III. Obige Begriffsbestimmung des Vermögens beansprucht Geltung nur für das heute geltende Strafgesetzbuch. Ein allgemeiner, für alle Zeiten und Völker mit Rechtsnotwendigkeit bestehender Vermögensbegriff kann nicht aufgestellt werden. Aber auch die Gegenstände, die hienach Vermögensrechtsschutz geniessen, sind einer stetigen Veränderung unterworfen. Im allgemeinen kann man sagen, dass der Kreis der geldwerten Gegenstände im Zunehmen begriffen ist. So berichten die Zeitungen von Mitte Januar vor. Js., dass der Wert einer bestimmten Kartoffelart, der Eldoradokartoffeln, ins Ungeheure gestiegen sei, dass eine einzige Kartoffel einen verhältnismässig hohen Geldwert repräsentiere, während ihr ein solcher früher überhaupt fehlte. Jedoch ist unsere Zeit auch nicht arm an Beispielen des umgekehrten Falles. Man denke nur an die früher so häufig begehrten Stempel für Stempelsammlungen. Heute hat diese Art der Sammlung derartig nachgelassen, dass für viele Stempel, die früher mit einer erklecklichen Geldsumme bezahlt wurden, ein Geldwert überhaupt nicht mehr festgestellt werden kann.

[1]) BGB. §§ 2033, 2371.

B. Der Vermögensvorteil.

§ 4.

Seine strafrechtliche Bedeutung im Allgemeinen.

Vermögensvorteil ist eine **Vermehrung des Gesamtgeldwertes des Vermögens.** Dies ist die heute in Theorie und Praxis herrschende Ansicht.[1]) Ihre Richtigkeit ergibt sich aus dem Begriff des Vorteils sowie des Vermögens im strafrechtlichen Sinn. Die Verbesserung der geldwerten eigennützigen Beziehungen muss in Geld abschätzbar (pekuniär) sein. Im Sinne der herrschenden Lehre, anschliessend an reichsgerichtliche Entscheidungen[2]), lässt sich dies folgendermassen explizieren.

1) Als etwas Reales, objektiv Vorhandenes kann der Vermögensvorteil sein Dasein nicht einer blossen Meinung oder lediglich subjektiven Schätzung des Täuschenden oder Erpressenden verdanken und als reale Wertvermehrung des Vermögens kann er nicht ohne weiteres gleichbedeutend sein mit dem Nichteintritt einer Wertsverminderung oder eines gefürchteten Schadens.

Ferner ist stets die Gesamtheit der Wirkungen der Täuschung und Drohung, wie sie der Täter sich vorgestellt hat, zu beachten. Diese Wirkungen können den Wert des Vermögens einerseits vermindert, andererseits erhöht haben; dann kommt es auf das Verhältnis der Wertserhöhung zur Wertsverminderung an und in Gemässheit der vorstehenden Definition ist ein Vermögensvorteil nur dann vorhanden, wenn die erstere die letztere im Geldwert übersteigt. Kaum der Erwähnung bedarf, dass als Gegenäquivalent nicht der durch das dolose Verhalten, Täuschung und Drohung, kraft Gesetzes entstehende Ersatzanspruch die actio doli, quod metus causa in Betracht kommt. Dieser setzt ja gerade eine Vermögensbeschädigung voraus, zu deren Reparatur das Gesetz verhilft. Andernfalls käme man zu der absurden Folgerung, dass ein wohlhabender leicht belangbarer

---

[1]) Vgl. Gauss a. a. O., S. 15.

[2]) Vgl. insbes. E. XVII, 234 u. XVI, 1.

Betrüger und Erpresser mit seinem Tun nicht gegen das Strafgesetz verstossen könnte. Trotz abweichender Formulierung wohl derselben Ansicht Merkel. [1])

2) Bei diesen Ausführungen ist jedoch zu beachten, dass sich das Vermögen jedes einzelnen von dem aller andern Menschen fast ausnahmslos nach seinen Bestandteilen, oder nach seiner Benutzbarkeit unterscheidet; überdies wird die letztere nicht bloss durch die Beschaffenheit des Vermögens selbst, sondern auch durch die persönlichen Eigenschaften des Inhabers desselben, seinen Stand, seinen Beruf und durch die von ihm nach Massgabe aller dieser Faktoren verfolgten Vermögenszwecke bestimmt. Eine Sache kann in der Hand des A, eines Kaufmanns, einen ganz anderen Wert haben, als in der des B. Für das Strafrecht überhaupt, folglich auch für die Frage nach dem Vermögensvorteil bei Betrug und Erpressung hat aber stets nur der gegebene konkrete Sachverhalt Bedeutung, nicht ein Sachverhalt, der hätte eintreten können, wenn irgend ein Faktor, mag man ihn Ursache oder Bedingung nennen, mitgewirkt hätte, welcher im konkreten Fall nicht mitgewirkt hat. Hieraus ergibt sich der Grundsatz, dass die Frage, ob ein Vermögensvorteil beabsichtigt oder eingetreten sei oder nicht, streng nach der Individualität des gegebenen konkreten Falles, also nach den **individuellen Vermögensverhältnissen** dieses bestimmten Täters beantwortet werden muss. [2]) Vor allem ist, wie oben dargelegt wurde, Gewicht darauf zu legen, ob in concreto eine Vermögensvermehrung eingetreten ist. Sogar Olshausen [3]), der doch auf der herrschenden Ansicht zu beharren behauptet, unterscheidet Sachlagen, bei denen unbedingt ein Vermögensvorteil als vorliegend anzunehmen ist, bei denen er unbedingt abzulehnen ist und bei denen er nicht unbedingt vorzuliegen braucht. Wenn Olshausen in erster Linie den Vermögensvorteil

[1]) H. H. III, 767 ff. u. Frank Komm. § 263 V., zweiter Absatz a. E.

[2]) Prinzipiell anders Buri a. a. O. S. 9: Die Bezeichnung „Vermögensvorteil" müsse bei Erpressung und Betrug in abstracto ganz ausser aller Beziehung zu dem konkreten Vermögen aufgefasst werden.

Ebenso Liebling: Ueber das Verhältnis zwischen Raub und Erpressung 1897, S. 13.

[3]) § 263, No. 44.

definiert als jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage, so erscheint seine strikte, absolute Einteilung als gerechtfertigt. Anders jedoch von seiner zweiten Definition aus, wonach Vermögensvorteil besteht in Vermehrung des Gesamtvermögenswertes. Insbesondere ist der unter § 263 Ziffer 44g angeführte Fall der Befreiung von einer Geldschuld gegen Ueberlassung von Waren an Zahlungsstatt, selbst wenn ihr Wert dem Schuldbetrag gleichkommt, nicht unter allen Umständen als Vermögensvorteil anzusehen.[1]) Die Entscheidung wird eine verschiedene sein, je nachdem der Vorgang sich abspielt zwischen zwei konkurrierenden Kaufleuten oder einem Kaufmann und einem Privatmann. Ebensowenig ist die Erlangung eines Beweismittels für eine bestehende Forderung stets als Vermögensvorteil anzusehen.[2]) Man denke an die Möglichkeit, dass schon viele völlig ausreichende Beweismittel vorhanden und dem Gläubiger zugänglich sind.

3) Die oben dargelegte Ansicht steht im Widerspruch mit einer sich bis auf unsere Tage erstreckenden Praxis. Diese neigt vielfach dahin, zum Vermögensvorteil eine Wertssteigerung des Vermögens nicht für erforderlich zu halten; sondern dies als genügend zu betrachten, dass der Täter, ohne eine pekuniäre Bereicherung zu erlangen, das Interesse hatte, vorhandene Vermögenstücke durch andere zu ersetzen.

1. P.O. sagt in GA. XXIV. 360: „Erlangung der Befriedigung für eine Geldforderung ist an sich schon ein Vermögensvorteil, indem damit etwas in das Vermögen des Gläubigers reell übergeht, was sich bis dahin nicht darin befunden hat, sondern worauf nur ein Anspruch bestand.“ Als ob ein Anspruch gegen einen solventen Schuldner nicht u. U. ebensoviel wert wäre, wie das bare Geld.

Noch deutlicher tritt der Standpunkt dieses Gerichts hervor in GA. XXV. 550. Vermögensvorteil liegt hienach nicht bloss in dem Falle vor, wo durch das Mittel der Täuschung oder Drohung eine quantitative Werterhöhung, eine Bereicherung herbeigeführt werden soll, so dass das seitherige Vermögen seiner Wertsumme nach durch die Tat sich vermehrt; vielmehr sei der Begriff des Vermögensvorteils ein weiterer, mehr subjektiver und umfasse

[1]) O. R. XX, 170.

[2]) Olshausen § 263, 44 1. Vgl. R. II, 599.

jedes vermögensrechtliche Interesse, welches der Täuschende oder Drohende für sich oder einen andern befriedigt, sei dasselbe auf eine positive Bereicherung oder nur auf eine Veränderung in der Substanz des seitherigen Vermögens, in der Ersetzung vorhandener Vermögensstücke durch andere, nicht vorhandene gerichtet, welche für den betr. Eigentümer vom Standpunkt seiner Vermögensverwaltung aus als wünschenswert und vorteilhaft erachtet wird. Ein objektiver Gewinn erscheint nicht als erforderlich [1]). Nach den Münchener Entscheidungen III. 83 kommt es bei gegenseitigen Verträgen auf das Wertsverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht an. [2])

Eine Veränderung der Vermögensbestandteile als solcher ist aber kein Vermögensvorteil; eine solche findet regelmässig bei allen Umsatzgeschäften im weitesten Sinne statt; aber während der gesamte legale Verkehr in dergleichen Umsatzgeschäften sich bewegt, besteht derselbe doch nicht in einer ununterbrochenen Reihe von Vermögensvorteilen, sondern ist in seiner stetigen Fortdauer nur dadurch möglich, dass unter normalen Verhältnissen beide Kontrahenten jedes reellen Umsatzgeschäftes durch das letztere in anderer Beziehung einen Schaden erleiden. Während sich aber das BGB. in § 123 daran genügen lässt, dass jemand zur Abgabe irgend einer Willenserklärung bestimmt worden ist, berücksichtigt das St.G.B. §§ 253, 263 nur diejenigen Dispositionen, die auf Vermögensvorteile gerichtet sind.

2) Der in diesen letzten, (siehe Anm. 2) richtigen Entscheidungen bekämpften, sub 1 referierten Ansicht haben sich auch mehrere Theoretiker angeschlossen. Meyer [3]) verlangt eine unmittelbare oder mittelbare **Verbesserung** der Vermögenslage in irgend einer Beziehung. Nicht gefordert werden dürfe eine Verbesserung des Vermögens im ganzen oder seines pekuniären Ergebnisses. Diese Ansicht lässt sich demnach als Vermittlung zwischen der heute herrschenden und der früheren

[1]) So auch O. R. XVIII, 70, 71; XVI, 425.

[2]) Richtig dagegen IX, 157 daselbst; ebenso die in den neuen Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht III, 112 zitierte Entscheidung des K. württemb. Obertribunals „pecuniärer Vorteil."

[3]) Lehrbuch 532.

bezeichnen, welche sich mit einer blossen Veränderung der Vermögensobjekte genügen liess. Sie ist auch entstanden zu einer Zeit, wo noch lebhafter Kampf zwischen beiden bestand.

Ihr gegenüber ist geltend zu machen der Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Wenn man von Vermögensvorteil spricht, denkt man an eine Erhöhung des Geldwertes des Vermögens. Woran anders kann ferner die Verbesserung, die auch Meyer verlangt, gemessen werden, als am Geldwert, wenn man der oben dargelegten Begriffsbestimmung des Vermögens beitritt? Man gibt jeden objektiven Massstab des Vermögensvorteils aus der Hand, wenn man annimmt, dass der Geldwert des Vermögens nicht vermehrt werden muss, dass der sofortige Ersatz des Aequivalents Zug um Zug dem Begriffe nicht widerstreitet. Die subjektive Willkür des angeblich Lukrierenden würde darüber entscheiden, ob er einen Vermögensvorteil bezweckt oder nicht. Diese Behauptung hat mit der oben als richtig dargestellten Individualisierung und Konkretisierung des Begriffs nichts gemein. Schliesslich führt die Meyer'sche Ansicht zu der Anschauung, dass eine blosse Veränderung der Vermögensobjekte für den Täter einen Vermögensvorteil bedeutet, wenn er auch nur ein Affektionsinteresse an der Aenderung habe. Die Richtigkeit dieses Einwandes ergibt sich aus der oben zitierten Entscheidung GA. XXV, 550. Dass aber das Affektionsinteresse kein vermögensrechtliches Interesse im Sinne des Vermögensvorteils ist, darin ist alles einig. [1])

Zum Beweise der Richtigkeit seiner Ansicht beruft sich Meyer darauf, dass schon die Innehabung einer Sache, die Hinausschiebung einer Zahlung, eine Sicherheit, oder ein Beweismittel für einen Anspruch, Hinderung eines Mitgläubigers an der Erlangung eines Vorranges oder einer Sicherheit, Erlangung einer Kundschaft zweifellos Vermögensvorteile seien. Demgegenüber ist zu betonen, dass Kundschaftserlangung hauptsächlich als mittelbarer Vermögensvorteil in Betracht kommt, als eine Situation, welche zur Erlangung eines Geldwertes dient, anderseits eine Bestimmung der Arten der Vermögensvorteile

---

[1]) E. XVI, 1; Merkel in H. H. III, 730 ff.

für alle Sachlagen nach dem oben Ausgeführten unrichtig erscheint.

4) Im übrigen genügt zur Verurteilung die Feststellung [1]) dass ein Vermögensvorteil, unangesehen seine Höhe, erstrebt wurde. A. A. Simonson [2]), der behauptet, ein pekuniärer Vorteil, der im gegebenen Falle eine bestimmte Schätzung in Geld nicht zulasse, sei eine Unverständlichkeit.

Hiemit berührt sich die weitere Frage, ob der Erwerb blosser Chancen als Vermögensvorteil betrachtet werden kann. Sofern man diese Chancen nach dem oben Dargelegten als Vermögensbestandteil betrachten kann, ist die Frage zu bejahen. So kann durch arglistige Täuschung über die Vermögensverhältnisse bei Eingehung einer Erwerbsgesellschaft Betrug begangen werden, da fast bei jeder Gesellschaft dieser Art von fest begründeten Gewinnaussichten, basierend auf tatsächlichen Fundamenten, dem Gesellschaftskapital und der Betriebsart, gesprochen wird. Ausschliesslich auf das endgiltige Vermögensresultat darf nicht abgestellt werden, denn die Vermögensnutzungen werden bei länger dauernden Gesellschaften nie erst am Schlusse ihrer Existenz, bei ihrer Auflösung, sondern alljährlich verteilt. Mit vollem Recht erachtete das preussische Obertribunal [3]) die Zahlung eines Kaufpreises für die Aktien einer gegründeten Aktiengesellschaft seitens der in die angebotene Konsortialbeteiligung Eintretenden für einen Vermögensvorteil, sobald der Wert der Aktien, infolge des Zuschlags des Gründergewinns zu dem für die Unterlage der Gesellschaft bezahlten Kaufpreise, dem Preise, zu welchem die Aktien übernommen wurden,

[1]) Es darf vom Richter nicht verlangt werden, die Vermögensvermehrung durch einen exakt bestimmten Geldwert nachzuweisen. So von Schwarze Komm. § 253, No. 12; Hälschner a. a. O. II. 272 u. 382; Merkel H. H. III, 730; Katz G. S. XXI, 440; Thurow a. a. O. S. 49. Diese ganze Frage ist eine prozessuale, hat daher bei dieser Darlegung ausser Betracht zu bleiben.

[2]) Der Begriff des Vorteils und seine Stellung im deutschen Strafrecht. S. 44, ff. Aber auch nach ihm handelt es sich lediglich um eine Schätzung, nicht eine von allen Richtern gleich hoch zu treffende exakte Fixierung der Höhe des Geldwerts.

[3]) P. O. in St. Z. VI, 323.

nicht entsprach. Hiemit völlig übereinstimmend E. XII, 392: „ob der durch Täuschung erreichte Eintritt in eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit vorteilhaft oder nachteilig sei, bestimmt sich nach den zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Chancen, nicht nach den späteren, diese ändernden Ereignissen, so dass das bei der schliesslichen Abrechnung anlässlich der Auflösung der Gesellschaft ergebende Resultat irrelevant erscheint.

Als Gegenargument können E. XVI, 1 ff. u. XIV, 229 ff. nicht angeführt werden, da hier der Betrug nicht wegen mangelnden Vermögensvorteils des Gegenkontrahenten abgelehnt ist, sondern wegen Nichtvorliegens einer Vermögensbeschädigung. Von ähnlichen Erwägnngen geht E. XXII, 335 aus.

§ 5.

Vermögensvorteil und Vermögensbeschädigung.

1) Die Bereicherung soll bei § 253 durch eine Handlung, bei § 263 durch eine Vermögensbeschädigung herbeigeführt werden. Die nächstliegenden überaus häufigen Fälle sind diejenigen, in denen der Betrüger oder Erpresser durch Täuschung oder Drohung ein Vermögensstück aus dem Vermögen des Getäuschten oder Bedrohten in sein eigenes überführt. Manche beschränken daher wenigstens den Betrugsbegriff auf diesen Regelfall, indem sie die Beziehung des Vermögensvorteils zum Vermögensschaden so festlegen, dass sie sagen, die Vermögensbeschädignng müsse dem erstrebten Vermögensvorteil entsprechen, m. a. W. es wird Wechselwirkung zwischen beiden erfordert. [1]) Dieser Ansicht erscheint die Formulierung, die der Vermögensvorteil in § 263 erhalten hat, nämlich die Absicht u. s. w. sehr unbequem; Binding a. a. O. will daher die Absicht in einfachen Vorsatz verwandeln. Seine Auffassung geht zurück auf den Stellionatsbegriff, wie ihn das gemeine Recht entwickelt hat und bedeutet eine konsequente Fortbildung des Köstlin'schen

[1]) So Meyer a. a. O., 586; Binding L. 364; Hälschner II, 274; Merkel in H. H. III, 772.

Betrugsbegriffs. Einen andern Standpunkt vertritt das Reichsgericht und die die Fassung des Strafgesetzes zum Ausgang nehmende Theorie. Ihr erscheint der Betrug in erster Linie als Bereicherungsdelikt, vermittelt, wenn auch nur mittelbar, durch die arglistig herbeigeführte Beschädigung eines Andern. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich aus der pronoucierten Stellung des Postulats: „Wer in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen". So hat auch das Reichsgericht [1]) anerkannt, dass eine Belohnung, die dem Täter für den Fall, dass er durch Irrtumserregung die beschädigende Handlung des in Irrtum Versetzten herbeiführen würde, in Aussicht gestellt wird, einen dem Begriffserfordernis des § 263 entprechenden Vermögensvorteil darstelle. [2])

Die gegenteilige Ansicht, die, damit zu ihr Stellung genommen werden kann, näher dargelegt werden muss, hat in Merkel [3]) ihren entschiedensten Vertreter gefunden, der sie auf die ratio legis zu gründen sucht, wonach nicht das strafrechtlich bedeutsam sei, dass mit der Beschädigung jemandens die Absicht, sich einen Vorteil zuzuwenden und mit der Anstrebung des letzteren eine beliebige Rechtsverletzung in irgend einer Weise zusammenfalle, sondern lediglich das, dass der Täter fremdes Gut ohne rechtlichen Grund und in rechtswidriger Weise den eigenen Intressen dienstbar macht. Dies sei das charakteristische Merkmal der Bereicherungsverbrechen. Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Erpressung und Betrug hätten darin ihr gemeinsames Merkmal, von welchem sie ihren spezifisch ignominiösen Charakter herleiten und demgegenüber die sie unterscheidenden eine nur sekundäre Bedeutung. Ausserdem beruft sich Merkel a. a. O. auf den Wortsinn, der korrekte Sprachgebrauch entspreche nur dem engeren Begriffe. Man denke dabei im Zweifel nicht an eine

[1]) m. E. XVII, 264.

[2]) Ebenso Reichsgericht in G. A. XXXVIII, 203. In einem ähnlichen Falle O. R. X, 628; XVIII, 10; Oppenhoff Komm. 263^{12}; Olshausen 263^{50}.

[3]) H. H. III, 772.

Bereicherung, deren Vorgeschichte irgend einen Mackel zeigt, sondern an eine solche, welche an sich ihrem eigenen Bestande nach das Recht eines Andern negiere. Dies sei aber nur bei derjenigen Bereicherung der Fall, welche ihrem Gegenstande nach mit der Beschädigung eines Andern (desjenigen, aus dessen Vermögen der Gegenstand herrührt) zusammenfällt.

Demgegenüber ist zu bemerken, dass der Wortsinn eher gegen die Merkel'sche Definition als für sie spricht. Nach Merkel müsste der Wortlaut des § 263 ungefähr folgendermassen lauten: „Wer dadurch, dass er durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung oder Entstellung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, das Vermögen eines Andern beschädigt, in der Absicht, sich das, um was er den Andern beschädigt hat, rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Betrugs gestraft." Dann würde der Wortsinn für die Identität der Beschädigung und des Vorteils sprechen, und der Betrugstatbestand ganz analog der Technik des Diebstahls, des Raubs und der Unterschlagung §§ 242, 246, 249, aufgebaut sein.

Aus der Natur der Bereicherungsverbrechen als solcher ist ein Argument gegen unsere Auffassung nicht abzuleiten; denn in der Aufstellung allgemeiner Begriffe, unter welche man sämtliche Verbrechen gegen die Vermögensrechte zu subsumieren sucht, liegt eine Abstraktion, welche dem Wesen des einzelnen Delikts nicht gerechnet wird. [1])

Betrug und Erpressung verlangen die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, während die Absicht des Diebes, Räubers und Unterschlagenden dahin geht, sich die zu entwendende Sache rechtswidrig zuzueignen. Hierin liegt ein doppelter Unterschied; einmal handelt es sich bei Diebstahl, Raub und Unterschlagung nur um Sachen, anders bei Erpressung und Betrug; ferner müssen jene Sachen nicht notwendig einen Geldwert repräsentieren, [2]) während der Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug einen Geldwert haben muss.

---

[1]) So schon Köstlin a. a. O. in anderem Zusammenhang; ebenso Binding, L 238, s. o. § 3, I.

[2]) S. oben § 3 I u. II 1 c. a.

Merkel [1]) verlangt nun allerdings auch bei der Erpressung, dass der Vermögensvorteil dem Gegenstande nach mit dem Vermögensnachteil des Bedrohten zusammentreffe. Danach würde eine Erpressung nicht vorliegen, wenn ein Verbrecher gewaltsam die Denuntiation oder den Strafantrag hindert, etwa mit Rücksicht auf den Geldverlust, welcher mit der Verurteilung sich für ihn verbinden würde, oder wann derselbe in der gleichen Tendenz falsche Zeugenaussagen zu seinen Gunsten erzwingt. Diese Merkel'sche Ansicht ist mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar: in § 253 ist von einer Vermögensbeschädigung überhaupt nicht die Rede.

Einigermassen mit der hier besprochenen Frage hängt die weitere zusammen, ob es möglich sei, das Vorhandensein eines rechtswidrigen Vermögensvorteils zu konstatieren, ohne dass eine Vermögensbeschädigung auf einer andern Seite besteht. In dem bisher Angeführten ist stillschweigend schon die Bejahung enthalten [2]).

Zwei Fälle mögen zur Illustration der hier vorgetragenen Ansicht dienen: Trügerisch erlangter Eintritt in eine Versicherungsaktiengesellschaft statt des Eintritts in eine Gesellschaft auf Gegenseitigkeit mit denselben Chancen bedeutet für die Aktiengesellschaft, wie oben nachgewiesen, einen Vermögensvorteil. Ebenso der infolge Täuschung oder Drohung erzielte Absatz von Waren z. B. es werden statt, wie bestellt aus der Fabrik A Waren unter dieser Vorspiegelung aus der Fabrik B geliefert, aber von derselben Qualität.

2) Die letzteren Erörterungen geben Anlass, die Frage zu prüfen, ob und inwieweit auf Kosten einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ein Vermögensvorteil erlangt werden könne. Im bejahenden Sinne beantwortet wurde die Frage schon bei Verhältnissen, in denen diese Personen in den civilistischen Rechtsverkehr eintreten, d. h. bei den Rechtsverhältnissen dieser Personen, die ihrer Natur nach privatrechtliche sind auf dem

[1]) H. H. III, 733 u. Gauss, Erpressung und Raub 1901, S. 15; ebenso auch prinzipiell Meitzel: Die Delikte der Nötigung, Bedrohung u. Erpressung 1899, S 28. Richtig dagegen Fränkel: Die Delikte der Nötigung, Bedrohung und Erpressung in ihrem Verhältnis zu einander, 1901, S. 25.

[2]) A. A. natürlich Merkel, Binding und die oben Citierten.

Grundsatze der Gleichordnung mit den sonst Untergeordneten beruhen. Für die Unterscheidung dieser Verhältnisse von den spezifisch öffentlich rechtlichen ist nicht massgebend, ob öffentliches Recht anzuwenden ist oder privates, auch nicht, ob das betr. Verhältnis in Geld abschätzbar ist oder nicht. [1])

Das Kriterium bildet vielmehr die Natur des betr. Lebensverhältnisses nach der Auffassung des täglichen Lebens. Allerdings bestehen, auch wenn man dies im Prinzip anerkennt, noch viele Schwierigkeiten und Streitpunkte.

Beim Eisenbahnfrachtrecht insbesondere erscheint es zweifelhaft, ob es dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht [2]) zuzuweisen ist. Wie man sich aber auch zu dieser Frage stellen will, so ist die Möglichkeit des Betrugs beim Personen- und Sachentransport zu bejahen; denn auch bei Verhältnissen, die unbestritten dem öffentlichen Recht angehören, ist die Erlangung eines Vermögensvorteils im Betrugs- und Erpressungssinn durchaus nicht ausgeschlossen. [3])

In diesen Zusammenhang gehören noch die Steuerdefraudationen. Ihre Sonderstellung beruht nicht darauf, dass auf Kosten der öffentlichrechtlichen Person kein Vermögensvorteil erlangt werden könne, sondern auf geschichtlichen Gründen. [4])

Insbesondere kann auch bei diesen Fällen durch Ersparung von Auslagen ein Vermögensvorteil erlangt werden, wenn die Auslagen vorgeschrieben sind. Dies leugnet ohne Grund Stenglein [5]); denn es ist gleichgültig, ob die Vermehrung des Ver-

---

[1]) So Sohm a. a. O., S. 24; aber das Familienrecht ist auch ein Teil des Privatrechtes, obwohl es sich hiebei weder ausschliesslich, noch in erster Linie um geldwerte Beziehungen handelt und der Anspruch des Staates auf Steuern und andere Abgaben gehört zweifellos dem öffentlichen Rechte an.

[2]) So die h. A. im Gegensatz zu Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts V A. S. 30.

[3]) Kohler: Treu und Glauben 47, 88. Dagegen Reichsgericht in R. I. 744.

[4]) Vgl. Binding L. 341, 342.

[5]) Nebengesetze No. 6, Kom. z. Reichsgesetz betr. Zuwiderhandlungen gegen die zur Abwehr der Rinderpest erlassenen Vieheinfuhrverbote § 2. Vgl. R. V, 534 im Gegensatz zu R. III. 33 und E. III, 378.

mögens erfolgt durch Hinzugewinnung neuer Werte oder durch Erhaltung der alten bei der Rechtspflicht zur Weggabe derselben. Allerdings wurde schon die Behauptung aufgestellt, ein Vermögensvorteil liege nicht vor, wenn nur ein drohender Schaden abgewendet werde. [1]) Jedoch mit Unrecht. [2])

---

[1]) P. O. in G. A. XIII, 71.

[2]) Die obigen Ausführungen (§ 5.1), dass der Vermögensvorteil beim Betrug der Vermögensbeschädigung nicht entsprechen müsse, sind nur de lege lata behauptet worden und auch hier nur zu folgern aus den positiven Bestimmungen über die Erpressung. Hiedurch soll keineswegs ausgeschlossen sein, dass wenn es sich in concreto um die Abgrenzung von Betrug einerseits, Diebstahl, Unterschlagung oder Sachbeschädigung andererseits handelt, ein anderes Urteil platzgreift.

§ 6.

Besondere Fälle.

I. Als wichtigste Beispiele von Vermögensvorteilen sind folgende zu nennen:

Erlangung des Eigentums an Sachen, sonstiger Rechte hieran, aber auch der blosse Besitz;[1]) Erlangung von Forderungsrechten,[2]) von Beweismitteln für sie;[3]) ferner die Befriedigung für ein unsicheres Guthaben, auch wenn sie nur eine teilweise ist, und gegen Cession der ganzen Forderung erfolgt;[4]) Zahlung einer Schuld durch einen rechtlich nicht Verpflichteten;[5]), sowie Erlangung der Verpflichtung als Selbstschuldner oder Bürge;[6]) Erlangung einer Quittung ohne Zahlung;[7]) Stundung der Zahlung; Wechselprolongierung;[8]) Hinausschiebung der Verfallzeit der kreditierten Cessionsvaluta.[9]) Ferner Befreiung von einer Schuld, insbesondere einer judikatsmässig festgestellten, selbst wenn die Verurteilung auf einem Meineid des Gegners beruht;[10]) Abwendung eines Prozesses; Vereitelung oder Behinderung eines von einem Dritten verwirkten Sicherheitsarrestes;[11]) Befreiung von der Pflicht zur Pfandbestellung;[12]) Erlangung eines Vollstreckungstitels. Auch das Behalten eines schon erlangten Vorteils genügt.[13])

Dem kaufmännischen Leben sind folgende Fälle entnommen:

[1]) O. R. XIV, 247; E. I, 55.
[2]) R. II, 325.
[3]) R. II, 599, O. R. XVI, 271; das Reichsgericht in G. A. 44, 396.
[4]) O. R. XVIII, 341.
[5]) O. R. XVII, 279.
[6]) E. I, 186; III, 369; O. R. XVI, 585. Bayer. Entscheidungen IX, 247.
[7]) O. R. XVI. 424.
[8]) O. R. XVI, 526.
[9]) Bayer. Entscheidungen VI. 107.
[10]) O. R. XVII, 248.
[11]) Bayer. Entsch. V, 336.
[12]) O. R. XVII, 331.
[13]) E. II, 53; X, 76.

Geschäftsüblicher Gewinn;[1]) Erhöhung des Geschäftsumsatzes;[2]) Beseitigung der gewerblichen Konkurrenz.[3])

Da die angeführten Beispiele Vermögensvorteile darstellen, so kommen wir zu dem Satz:

1. Dass der Vermögensvorteil ein dauernder sein kann, aber nicht sein muss, so dass auch ein vorübergehender genügt. So liegt insbesondere auch da ein Vermögensvorteil vor, wo der Täter die Wiedererstattung beabsichtigt.[4]) Der gegenteiligen Ansicht kann entgegengehalten werden, dass jede augenblickliche Geldwertserhöhung des Vermögens genügt und zwar selbst dann, wenn sie in der Folgezeit hinfällig wird, da ja Betrug und Erpressung meist einen Schadensersatzanspruch der Beschädigten nach § 823 BGB. erzeugt.

2) Es genügt, wenn die Täuschung oder Drohung nur mittelbar einen Vermögensvorteil zur Folge hat. Zum Beispiel: Erlangung der Adresse eines latitierenden Schuldners,[5]) Erlangung einer Beamtenstelle,[6]) Erlangung und Erhaltung einer Kundschaft,[7]) Wiederannahme entlassener Arbeiter und Verpflichtung derselben, innerhalb bestimmter Zeit nicht zu kündigen.[8]) Die gegenteilige, in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern (I 125) vertretene Ansicht ist schon zu verschiedenen Malen in Theorie und Praxis anerkannt worden.[9])

a) Bestritten ist die Frage, ob eine reiche Heirat einen Vermögensvorteil darstellen könne. Prinzipiell verneint

[1]) R. IV. 675.

[2]) O. R. XVIII., 243.

[3]) Das Reichsgericht in G. A. XLIX, 274; R III, 282; O. R. XVIII, 611.

[4]) Vgl. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern I, S. 41.

[5]) Braun u. Blum Annalen III, 470.

[6]) R. V, 94.

[7]) R. III, 202.

[8]) E. XXI, 117.

[9]) So in E. XXXIII, 407; O. R. XV, 143; XVII, 375.

wird sie in der oben erwähnten bayerischen Zeitschrift [1]) etwa mit folgender Argumentation: Bei der reichen Heirat sei Zweck und Absicht zunächst lediglich darauf gerichtet, Jemand zur Eingehung einer Ehe zu bewegen. Wurde dieser Zweck erreicht, so war die Ausmittlung des Heiratsguts nur die sekundäre Folge des Eintritts in den Ehestand. [2])

Auf denselben Standpunkt stellt sich das Reichsgericht [3]), welches als weiteren Grund für seine Auffassung angibt: die vermögensrechtlichen Beziehungen, die die Ehe mit sich bringe, erstrecken sich auf die ganze Dauer der Ehe und umfassen alle Wandlungen menschlicher Geschicke, seien daher so unbegrenzt, dass sie sich der arithmetischen Berechnung des für die einzelnen Ehegatten hieraus resultierenden Gewinnes und Verlustes entzögen.

Im übrigen hat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts die reiche Heirat keine einheitliche Behandlung erfahren. In E VIII 12 stützt es sich darauf, dass die Ehe kein Gesellschaftsvertrag, kein vermögensrechtliches Institut, sondern ein ethisches Verhältnis sei; darum träten die vermögensrechtlichen Beziehungen, die durch sie geschaffen werden, ganz in den Hintergrund. [4]) Dies ergebe sich auch aus der Unzulässigkeit der Anfechtung der Ehe wegen arglistiger Täuschung über vermögensrechtliche Verhältnisse BGB. § 1334 II.

Gegenüber der Entscheidung des bayerischen und des Reichsgerichts ist zu betonen, dass durch die Eingehung einer reichen Ehe jedenfalls ein mittelbarer Vermögensvorteil erreicht wird, wobei es bedeutungslos erscheint, ob derselbe dauernd oder nur vorübergehend ist. Das BGB. erkennt an, dass die Ehe, abweichend vom römischen Recht, als solche unter allen

---

[1]) I, 125.

[2]) Der hier angeführte Grund beruht allerdings in erster Linie auf der irrigen Vorstellung, als ob jemand bei einer Tat immer nur eine **einzige** Absicht haben könne, während doch die Möglichkeit besteht, dass jemand von einer Doppelabsicht: Eheeingehung **und** Vermögensvorteilserlangung geleitet war. Ein weiteres Eingehen auf diese Frage, die der subjektiven Seite des Tatbestands angehört, liegt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit.

[3]) E. VIII, 12.

[4]) Ebenso Thurow a. a. O., S. 55.

Umständen vermögensrechtliche Wirkungen äussert. Bezüglich des gesetzlichen Güterstandes und der Gütergemeinschaften liegt dies ganz klar.

Sogar der u. U. kraft Gesetzes, meist aber kraft besonderen Ehevertrags, eintretende Güterstand der Gütertrennung ist auf die vermögensrechtliche Stellung der Ehegatten nicht ohne Einfluss, insofern die Frau nach § 1427 BGB. verpflichtet ist, dem Manne zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes einen angemessenen Beitrag aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts zu leisten.

Ausserdem darf nicht ausser Acht gelassen werden die für alle Güterrechtsverhältnisse geltende, weil auf dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten beruhende, durch §§ 1360, 1361 BGB. angeordnete, gegenseitige Unterhaltungspflicht.

Die h. A. geht nun dahin [1]), dass die Eingehung einer reichen Heirat nicht unbedingt als Vermögensvorteil betrachtet werden kann. Ein Vermögensvorteil des Mannes liege vor, wenn er wie in E. XIV, 137 lediglich darauf ausgehe, sich in den Besitz des ehefräulichen Vermögens oder seiner Einkünfte zu setzen, um dasselbe ohne Berücksichtigung der Zwecke der Ehe für sich zu verwenden; dagegen erlange der Ehemann keine Vermögensvorteile, wenn er beabsichtigt habe, als Ehemann mit seiner Ehefrau zu leben und deren Vermögen für die Zwecke der Ehe zu verwalten. [2])

M. E. ist die Frage, ob die Eingehung einer reichen Heirat einen Vermögensvorteil bilde, prinzipiell ohne Rücksichtnahme auf die Intentionen der Ehegatten zu entscheiden. Hiebei ist zu betonen, dass nicht weniger als in allen sonstigen Fällen die konkrete Sachlage, die individuellen Verhältnisse der Beteiligten zu prüfen sind. Denn die Ehe, die den Ehegatten

[1]) Vgl. Olshausen § 263[44], wohl zu beachten, dass das Angeführte unter der Rubrik 44IIIb steht, wo nur von dem Vorliegen eines Vermögensvorteils, nicht eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gehandelt wird, dies erst in No. 45 u. 46.

[2]) Meyer a. a. O. 576.

auf einer Seite bereichert, legt ihm andererseits wieder Lasten vermögensrechtlicher Natur auf. Das Verhältnis der erlangten Rechte zu den Lasten entscheidet über das Vorliegen eines Vermögensvorteils in allererster Linie.

So verhält es sich, wenn vor Eingehung der Ehe ein Ehevertrag geschlossen wurde, oder der gesetzliche Güterstand platzgriff. Wenn aber ein Vermögensvorteil erst durch einen nach Eingehung der Ehe zu schliessenden Ehevertrag erreicht werden soll, kann von einem mittelbaren durch Eingehung der Ehe herbeigeführten Vermögensvorteil niemals die Rede sein, da der andere Ehegatte nach Eingehung der Ehe bezüglich der Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse noch völlig freie Hand hat.

b) Eine weitere Frage ist, ob die Beitreibung einer illiquiden Forderung einen Vermögensvorteil darstellen könne, wie auf der anderen Seite, ob der Schuldner dann, wenn er Auflösung eines vertragsmässigen Verhältnisses unter Vermeidung des Rechtswegs durch Drohung erzielt, einen Vermögensvorteil erlange. In letzterer Beziehung wenigstens trifft die in E. IV, 167 angeführte Entscheidung des Reichsgerichts zu. Hier ist ausgeführt, dass wenn jemand seinen Anspruch auf Auflösung des Vertrags für schwer erweisbar, oder sonst zweifelhaft den Ausgang eines Rechtsstreits sonach für unsicher und mit dem Risiko pekuniärer, später vom Gegner nicht zu erstattenden Aufwendungen verbunden, anzusehen Grund hatte, derselbe bei Anwendung von Drohung und dadurch erreichter Befriedigung seiner Forderung sich einen Vermögensvorteil zuwendet. Wenn die Entscheidung weiter annimmt, dass die so qualifizierte Absicht den subjektiven Tatbestand einer Erpressung erfülle, [2]) so kann dem nicht beigetreten werden, da wie unten nachzuweisen, der erlangte Vermögensvorteil nicht rechtswidrig ist.

c) Einen Vermögensvorteil kann auch und wird regelmässig die Entziehung von einem Strafverfahren bilden, mag dasselbe

---

[1]) Z. B. E. III, 426.

[2]) Vgl. oben zitierte Bayer. Entsch. III, 676.

als Resultat eine Geld- oder Freiheitsstrafe in Aussicht stellen; ebenso der Nichtantritt einer Gefängnisstrafe oder die Verweigerung der Bezahlung einer verwirkten Geldstrafe. Nicht einmal im letzteren Falle bestehe unter allen Umständen ein Vermögensvorteil des Täters, sagt R. III, 16 [1]) mit der Argumentation aus Rechtsgrund und Zweck der Strafe; die Strafe werde nämlich um ihrer selbstwillen und nicht in der Absicht, den Vermögensverkehr zu vermitteln, auferlegt.

Hiegegen ist zu sagen, dass, abgesehen von Zweck und Rechtsgrund der Strafe, diese tatsächlich das Vermögen berührt, somit die Entziehung von der Strafverfolgung günstige Folgen für den Vermögensstand hat, so durch die Ersparung der Kosten der Strafvollstreckung, den freien Erwerb während derselben, das Behalten der zu entrichtenden Geldstrafe. A. A. Brombacher. [2]) Richtig Simonson, [3]) der aber grundlos beschränkend hinzufügt: „im Falle der gerechtfertigten zu erwartenden Verurteilung."

Mit Recht gab daher E XXXIII 333 die frühere Ansicht auf.

3) Vielfach wird ferner eine Einschränkung des Vermögensvorteils dahin zu machen versucht, dass der vom Täter erzielte vermögensrechtliche Anspruch nicht auf einem unerlaubten Grunde beruhen und deshalb ungiltig sein dürfe. So Meyer l. c. Auf ähnlichem Gesichtspunkte beruht die Entscheidung IX 441 der bayer. Entsch. [4]) Hier ist ausgeführt, die betrügliche Verleitung einer minderjährigen Person zur Ausstellung

[1]) Vgl. R. IV. 669. E. II, 33.

[2]) Der Begriff Vorteil, Vermögensvorteil und gewinnsüchtige Absicht im deutschen St.G.B. S. 41.

[3]) a. a. O. S. 48.

[4]) Vgl. R. I, 196; O. R. VIII, 238, 321. Richtig bes. Rommel: Betrug S. 91, Merkel H. H. III, 775; sächs. Oberappellationsgericht in G. A. XVI, 358: Einklagung materiell ungiltiger Wechsel ist Betrug.

eines Wechsels sei wegen Nichtigkeit des betr. Wechsels [1]) und des dadurch sich ergebenden Mangels einer Vermögensbeschädigung und Vorteils kein Betrug.

Das Gegenteil ergibt sich aus den Bestimmungen über den Wucher, dessen vermögensrechtliche Bedeutung ausser allem Streit ist (§§ 301 302 a StGB. § 138 II BGB).

4) Von der oben als richtig bezeichneten Auffassung weicht auch Merkel [2]) ab. Nach ihm ist ein Vermögensvorteil ausgeschlossen, wenn für die Werte, welche sich der Täter zuzuwenden sucht, Gegenwerte in voller Höhe bereits gegeben wurden. Bei näherer Prüfung erscheint dieser Standpunkt nicht als haltbar. Man setze den Fall, es habe jemand einem überschuldeten und unsicheren Manne ein Darlehen gegeben und ihn durch Drohung bestimmt, es zurückzugeben. Zweifellos hat der Forderungsberechtigte dadurch einen Vermögensvorteil erlangt; denn das bare Geld ist unter allen Umständen mehr wert als eine unsichere Forderung derselben Höhe. [3])

II. Von ganz anderen Erwägungen geht die Prüfung der Frage aus, ob die Erlangung von Nahrungs- und Genussmitteln, die alsbald verzehrt werden, einen Vermögensvorteil darstelle. Verschiedene Ansichten sind hierüber schon aufgestellt worden.

[1]) Darüber, wie es sich verhält, wenn das erlangte Schuldversprechen ausser der rechtswidrigen Erlangung durch arglistige Täuschung an einem Nichtigkeitsgrund leidet, ist hier nicht weiter zu handeln; eine Untersuchung hierüber, insbesondere über die Frage, ob zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu unterscheiden ist, überschreitet den Rahmen der Arbeit. Da in der französichen Litteratur bei Erpressung und Betrug überwiegend im Gegensatz zum Gesetzestext der Art. 400, § 1 u. § 2; sowie Art. 405, ein gain illégitime als beabsichtigt verlangt wird, so kann auf die eingehenden französischen Forschungen verwiesen werden (cf. Malvezy: essai sur le crime d'extorsion de titres ou de signatures et sur le délit de chantage 1896 S. 167, 169, 173; Dorigny a. a. O S. 179 ff. Stämpfli: Erpressung und Chantage 1903, S. 53, 55.

[2]) H. H. III, 730 ff.

[3]) Vgl. O. R. XVIII, 341, s. o. Bayer. Entsch. III. 576: Behufs Tilgung einer liquiden Schuld wird statt eines bedungenermassen vom Schuldner auszustellenden Wechsels eine Quittung über eine illiquide und bestrittene Gegenforderung gleichen Betrags behändigt: Vermögensvorteil.

Die Münchener Entscheidungen [1]) finden in dem rechtswidrigen Vermögensvorteil, den sich ein Gefangener dadurch verschafft, dass er die Verabreichung eines zweiten, ihm nicht gebührenden Mittagessens erschleicht, keinen Vermögensvorteil. Im Gegensatz hiezu sagt das Reichsgericht [2]), dass die Erlangung eines geringwertigen Verzehrungsgegenstandes ohne Gegenleistung einen Vermögensvorteil auch dann darstelle, wenn die Absicht von vorn herein auf augenblicklichen Verzehr gerichtet war. Es wurde auch schon eine Unterscheidung zu machen gesucht dahingehend, ein Vermögensvorteil sei verschafft, wenn durch den Erwerb nützliche oder notwendige Ausgaben erspart worden seien. So Simonson.[3]) Es erscheint jedoch unrichtig, nur diesfalls von einem Vermögensvorteil zu sprechen. Auch bei den Fällen der Nahrungsmittelentwendung muss der Vorgang eine Erhöhung des Gesamtgeldwertes des Vermögens bewirken, um unter den Begriff Vermögensvorteil gebracht werden zu können. Hiezu ist erforderlich, dass der betr. Gegenstand in das Vermögen des Lukrierenden übergeht. Zu diesem Zwecke genügt, wie oben dargelegt, die Besitzerlangung wegen der dadurch gewährleisteten Möglichkeit der tatsächlichen Verfügung. Der augenblickliche sinnliche Genuss erscheint nicht als ausreichend; vielmehr ist ein Ansichbringen, Erlangung im Sinne des § 259 St.G.B. erforderlich. Auf Grund letzterer Gesetzesbestimmung kam die Wissenschaft und Praxis zu einheitlichen, festen Grundsätzen in der Frage, wann ein Gegenstand im Strafrechtssinn in das Vermögen eines andern übergegangen sei. Es liegt nun gar kein Grund für die Annahme vor, dass das Resultat bei den in Frage stehenden Fällen der Erpressung und des Betrugs ein anderes sein soll. Hienach stellt sich das Mitgeniessen der Sache oder die Erlangung des Unterhalts aus ihr nur dann als „Ansichbringung“ d. h. Vermögensverschiebung dar, wenn sich die Erlangung einer eigenen Verfügungsgewalt über sie damit

[1]) IX, 287.

[2]) G. A, XLVII, 376.

[3]) a. a. O. S. 50.

verbindet. [1]) Liegt solche selbstständige Verfügungsgewalt vor, so hat der Täter einen Vermögensvorteil erlangt, mag er auch die Sache sofort verzehren. Die Entscheidung hängt mit der Frage, ob man **nach** dem Verzehren noch von Bereicherung sprechen könne, nicht zusammen. Der Umstand, dass irgend eine Sache durch **Zufall** alsbald untergeht, nachdem sie jemand durch unerlaubte Handlung erlangt hat, schliesst den Tatbestand des Betrugs oder der Erpressung nicht aus, vermag den zur Zeit der Tat vorhanden gewesenen Vermögensvorteil nicht nach rückwärts hin zu beseitigen. Ebensowenig vermag dies der dolus des Täters, die Sache sofort zu verzehren.

In Ansehung der Frage, ob eine eigene Verfügungsgewalt über die Sache gegeben ist, treffen dieselben Erwägungen zu, die im bürgerlichen Recht zu der Unterscheidung von Besitz und Besitzdienerschaft führten §§ 854, 855 BGB. Letzterenfalls wird der Mitgeniesser nicht selbstständiger Besitzer, sondern steht zu dem Spender in einem unselbstständigen, tatsächlichen Verhältnis, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Andern Folge zu leisten hat, zu deren Durchführung der Andere stets tatsächlich befähigt ist. Aehnlich E II, 404 ff., wonach die Ehefrau, welche von ihrem Manne gestohlene Nahrungsmittel in der gemeinsamen Wohnung zur Deckung der häuslichen Bedürfnisse der Familie verwendet, diese nicht an sich gebracht hat. Ebensowenig hat derjenige gestohlene Nahrungsmittel an sich gebracht, der diese mit dem Dieb gemeinschaftlich verzehrt. Ist die Gestattung der Teilnahme an dem Mahle durch Täuschung oder Drohung verursacht, so liegt kein Betrug oder Erpressung vor. Dennoch suchen Binding a. a. O. und Frank [2]) diesen letzteren Fall mit Strafe zu belegen und wohl mit demselben Recht auch den ersteren, indem sie in der Handlung die Begriffsmerkmale der Sachbeschädigung finden. Seien dagegen diese Sachen durch Betrug erlangt gewesen, so ist der Quasipartierer nach Binding straflos.

---

[1]) So auch Binding L. 390, der das Hauptgewicht auf die Besitzaufgabe des bisherigen Besitzers legt.

[2]) in § 259, VI, 2.

M. E. liegt kein Grund vor, den letzten Fall von den vorherigen in der Strafbarkeit zu unterscheiden; denn auch beim Betrug ist nach erfolgter Anfechtung, die als Regel zu unterstellen ist, die Sache eine fremde geblieben. Aber die Begriffsmerkmale der Sachbeschädigung treffen im übrigen nicht zu. Frank selbst weist [1]) dem Vergehen der Sachbeschädigung, wofern eine Konkurrenz mit dem des Diebstahls in Frage kommt, eine subsidiäre Stellung an. Wenn der eigentümliche wirtschaftliche Wert der Sache darin besteht, dass sie in einer gewissen Art zerstört werde, und der Wegnehmende gerade diese Art der Zerstörung beabsichtigt, so die Wegnahme von Speisen oder Getränken, um sie zu essen oder zu trinken, [2]) so liege keine Sachbeschädigung vor. Hienach konsumiert der Zueignungsdolus den Zerstörungsdolus, wenn beide in einer Handlung zusammentreffen, was bei der Aneignung von Nahrungs- oder Genussmitteln immer der Fall ist.

Nach diesen Ausführungen ist der oben zitierten Münchener Entscheidung [3]) beizustimmen; denn der Gefangene erlangt keinen eigenen Gewahrsam an den ihm gegebenen Sachen. Er ist stets nur der Besitzdiener, nie Besitzer; unrichtig erscheint allerdings die Begründung der Entscheidung, die die Eigenschaft als Vermögensvorteil deshalb verneint, weil jeder Gefangene Anspruch auf Verabreichung der erforderlichen Verpflegung durch den Staat, ohne Rücksicht auf eine etwaige Gegenleistung, habe. Aber dasjenige, was als Gefangenenunterhalt erforderlich ist, die Gefangenennahrung, ist instruktionell bestimmt und ist, soweit nicht die Gesundheit des Sträflings in Mitleidenschaft gezogen wird, ein Teil des Strafvollzugs. Eine weitergehende Verpflichtung des Staates, dem Gefangenen Bequemlichkeiten zu verschaffen, ist nirgends anerkannt.

[1]) in § 242, VII, 2a.
[2]) Vgl. E. XI, 139; R. V, 537.
[3]) IX, 287.

C. Die Rechtswidrigkeit.

§ 7.

Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils im Allgemeinen.

A) Der erstrebte Vermögensvorteil muss in den Fällen der §§ 253 und 263 ein rechtswidriger [1]) sein. [2]) Wodurch die Rechtswidrigkeit begründet werde und wann sie vorliege, gehört zu den bestrittensten Teilen der Lehre von der Erpressung und dem Betrug. Zahlreiche Ansichten sind schon über dieses Begriffsmerkmal aufgestellt worden, sowohl bezüglich seines begrifflichen Inhalts, wie seiner praktischen Bedeutung im Verhältnis zu den übrigen Tatbestandsmerkmalen dieser Reate.

1) Den Ausgangspunkt für die Erörterung der Frage, ob ein Vermögensvorteil rechtswidrig ist oder nicht, muss das positive Recht bilden.

Dem entgegen finden sich im Württembergischen Gerichtsblatt [3]) einige Entscheidungen verschiedener Gerichte angeführt, wonach die Frage nach den im Volke verbreiteten Anschauungen zu beantworten ist [4]) und zwar nicht für alle Gesellschaftsschichten gleichmässig, da die Ansichten über das Honestum und das diesem Widerstreitende vielfach auseinandergehen und in dieser Verschiedenheit nicht ohne rechtliche Bedeutung bleiben

[1]) Die objektive Rechtswidrigkeit, auf deren Behandlung sich die Arbeit beschränkt, ist streng zu scheiden von der verbrecherischen Absicht. Dies verkennt vermöge seiner Versuchstheorie das Reichsgericht. R. VII, 248, E. XXI, 77; auch Thurow a. a. O. S. 96/97; anders S. 59. ff.

[2]) Auch das französische Strafrecht verlangt bei Escroquerie u. Chantage ein but du gain illégitime. Garraud a. a. O. S. 585 nro. 2277 u. S. 523 nro. 2226, S. 523. Malvezy s. u. A. A. Dorigny a. a. O: als Absicht genügt vengeance oder jalousie, S. 189 V, 190.

[3]) Band XVIII, 78 ff. 110; Blum: Kommentar 1870 S. 375.

[4]) Auch Lindenberg: (D. J. Z. 1904, S. 426 und 1055) will bei Besprechung von E. XXXVI, 342 und E. XXXVII, 31, strafpolitischen Erwägungen, getragen von der natürlichen Empfindung und der Volkssitte ausschlaggebende Bedeutung zuweisen.

könnten. Aber dasjenige, was im Rechtssinn honestum oder inhonestum ist, kann doch nicht von der Auffassung der Beteiligten abhängen. Der Massstab für die ethische Bewertung menschlichen Handelns muss der Rechtsordnung entnommen werden, die nach dem Grundsatz der rechtlichen Gleichheit Aller weder von der Nietzsche'schen Herrenmoral noch von der Moral des Pöbels ausgehen darf. [1])

II. Die Reprobierung des Vermögensvorteils muss im positiven Recht begründet sein, sei es im Privatrecht, sei es in einer anderen Disziplin des materiellen Rechts. Ersteres ist die Regel; indes ist nicht einzusehen, warum die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils nicht auch auf Vorschriften des **öffentlichen** Rechts beruhen könne. Wenn jemand für einen bereits erwerblosen Angehörigen unter dessen Namen und mit dessen Kranken- und Invalidenversicherungskarten arbeitet, um ihm eine höhere Rente zu verschaffen, so verstösst er nur gegen das öffentliche Recht. Auch wenn sich jemand auf Kosten einer öffentlichrechtlichen Person, der ein Anspruch nach öffentlichem Recht zusteht, bereichert, so hat er einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangt. Kohler [2]) sucht als Begründung seiner gegenteiligen Ansicht darzulegen, dass die Treue, die man dem Staate schulde, etwas prinzipiell anderes sei, als Treu und Glauben des Verkehrs. Daher sollte der Missbrauch eines Eisenbahnbillets nicht als Betrug gestraft werden. Dies wurde jedoch von der herrschenden Ansicht abgelehnt. Allerdings könnte sich Kohler auf ein in weiten Volkskreisen bestehendes Rechtsbewusstsein berufen, wonach der Betrug auf Kosten juristischer Personen im allgemeinen für leichter erachtet wird, als der auf Kosten einer physischen Person, wohl deshalb, weil persönliche Beziehungen, Willensmissachtung und -missbrauch, die bei der Pönalisierung des Betrugs und der Erpressung ein nicht zu unterschätzendes Moment bilden, nicht in derselben Weise wie sonst hervortreten. Aber dieses Moment spräche für eine Sonderstellung aller juristischen Personen nicht bloss der des öffentlichen Rechts.

Andere behaupten, dass der Staat als Träger vermögensrechtlicher Interessen in der Regel nur als Privatperson in

[1]) Lotmar: Der unmoralische Vertrag S. 96.
[2]) a. a. O. S. 47.

Betracht komme; andernfalls könne es sich überhaupt nicht um rechtswidrige Vermögensvorteile i. S. des Betrugs handeln, weil hier die besonderen Strafnormen der Defraude eintreten.[1]) Aber gesetzt den Fall, dass ein Staat Defraudationsgesetze nicht erlassen hat, warum sollte dann die Betrugsstrafe nicht eintreten? Niemand zweifelt ja daran, dass wenn jemand einen Beamten als Organ des Staates durch Drohung zum Steuernachlass[2]) nötigt, er sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zugeeignet hat. Warum soll es sich bei der Täuschung anders verhalten?[3])

III. Billigt das Recht den Vermögensvorteil, so ist er niemals rechtswidrig, mag der Rechtsanspruch bestritten oder anerkannt sein, denn die Anerkanntheit oder Bestrittenheit ist für seine Existenz belanglos.[4])

B. Erreicht der Betrüger oder Erpresser sein Ziel, so hat er einen Vermögensvorteil erlangt. Kann man nun das Resultat der Betrugs- oder Epressungshandlung als rechtswidrig bezeichnen oder kann nur die Handlung so charakterisiert werden? Hold von Ferneck leugnet die Möglichkeit von einem rechtswidrigen Vermögenszustand[5]) zu reden und behauptet, der Begriff: rechtswidriger Vermögensvorteil sei eben aus diesem Grunde ein unmöglicher und undefinierbarer Begriff. Jedoch reichen seine Gründe zur Widerlegung der herrschendeu Ansicht nicht aus, insbesondere nicht die Relationsnatur des Rechts, auf die er sich beruft.

Richtig ist, dass der Dieb, dem die Rechtsordnung gebietet, die gestohlene Sache dem Eigentümer zurückzugeben, in dem

---

[1]) So Kitzinger G. S. XV, 101.

[2]) Malvezy a. a. O. S. 96 le chantage pratiqué à l'égard d'une personne morale tombe sous le coup de l'art. 400.

[3]) Richtig Münchener Entscheidungen IV, S. 467 u. O. L. G. Stuttgart in den Jahrbüchern für württ. Rechtspflege XVI, S. 222: trügliche Vorenthaltung eines eingezogenen Jagdgewehrs. Auch Dorigny a. a. O. S. 206.

[4]) A. A. Kübel Württ. Gerichtsblatt XII S. 86 unter Berufung auf manche andere Autoren; auch Malvezy a. a. O. S. 176 III: créance liquide.

[5]) a. a. O. S. 388 ff. kraft seiner Imperativentheorie, nie rufe der Zustand, sondern nur der Eintritt des Zustandes einen Imperativ wach.

Besitze der Sache gegen den Angriff Dritter, Minderberechtigter, geschützt wird. Hieraus folgt jedoch nur, dass der Zustand des Besitzes der Sache durch den Dieb dem Eigentümer gegenüber rechtlich missbilligt, Dritten gegenüber rechtlich geschützt ist; nicht aber, dass man überhaupt nicht von der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Besitzes sprechen kann.

Lediglich an den Zustand, [1]) nicht an die Rechtswidrigkeit der Herbeiführungsart knüpft der Gesetzgeber eine Ersatzpflicht in den Eällen der Expropriation und des Notstandes nach § 904 BGB. Oft veranlasst ferner die lange Dauer eines Zustandes die Rechtsordnung bestimmte Gebote und Verbote zu erlassen und die Rechtsbeziehungen der Beteiligten zu modifizieren (vgl. Ersitzung und Verjährung, auch BGB. § 1170, 1171, 1104, 1112, 887, 965 ff.).

Aber darin ist von Ferneck's Grundauffassung beizustimmen, dass es die Art und Weise der Herbeiführung ist, die einen Vermögensvorteil in aller Regel zu einem rechtswidrigen macht. So z. B. beim Wucher § 138 II BGB. Da den Gegenstand dieser Abhandlung der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Betrug und Erpressung bildet, so kann als Herbeiführungsmodus nur Täuschungs-, Drohungs- oder Gewalthandlung in Betracht kommen. Somit bildet den Gegenstand der Erörterung die Frage:

C. Wann ist ein durch Täuschung, Drohung oder Gewalt herbeigeführter Vermögensvorteil ein rechtswidriger?

I. Ein rechtswidriger Vermögensvorteil liegt nicht vor, wenn die Erwerbshandlung die Bestimmung einer Person durch Täuschung oder Drohung keine rechtswidrige, sondern vielmehr eine von der Rechtsordnung gebilligte ist. So auch das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen; [2]) allerdings im Gegensatz zur herrschenden Ansicht. Nach letzterer ist rechtswidrig jeder Vermögensvorteil, der ohne rechtmässigen Anspruch

[1]) Vgl. Rümelin: Gründe der Schadenszurechnung S. 2 ff.

[2]) R. I 261; III 386; IX 748; E. III, 429; V 353; P. O. in G. A. XXVI, S. 334; in O. R. XVI 390.

erlangt wird [1]). Eine vermittelnde Stellung zwischen beiden Auffassungen nehmen Merkel, Olshausen, auch Frank, Thurow u. a. m. ein. Nach Merkel [2]) ist rechtswidrig ein Vermögensvorteil, der wider den wahren Willen des wahren Berechtigten entzogen wurde, ohne dass darauf ein Rechtsanspruch besteht. Mit der herrschenden Ansicht hält Merkel es für einen rechtswidrigen Vermögensvorteil, wenn jemand für die Unterlassung der berechtigten Exmittierung aus der gemieteten Wohnung vom Mieter die verlangte Geldsumme erhalte. Buri [3]) billigt dies ausdrücklich und fügt bei, es erscheine zugleich dem Privatrecht wenig angemessen, wenn jemand gezwungen werde, eine Geldsumme zu bezahlen, welche er nicht schuldet und ohne Ausübung des Zwangs auch nicht bezahlt haben würde. Angesichts des erwähnten Falles und ähnlicher Sachlagen äussern Frank [4]), Thurow [5]) u. a. m. die durchaus richtige Ansicht, dass von einem rechtswidrigen Vermögensvorteil dann nicht die Rede sein könne, wenn eine zivilistische Anfechtung auf Grund des

[1]) Vgl. E. I 318; IV 279; XXI 117; XXVI 354; auch sämtliche Oberlandesgerichte. S. Nachweis bei Olshausen § 263[45]; ausserdem: Berner, Lehrbuch XVIII A 576 und 587; von Liszt a. a. O. 458 und 471; Buri a. a. O. 65; Meyer a. a. O. 578; Stern: Ueber das Verhältnis zwischen Nötigung und Erpressung 83 84; Liebling a. a. O. 15; Katz G. S. XXXI, 443; Schütze Lehrbuch II A. 456; v. Schwarze Kommentar V A S. 733; Stämpfli a a. O. S. 21; Villnow Raub und Erpressung 49. Zu welchen Konsequenzen diese Auffassung führt, ist am Anfang des § 8 dargelegt. Noch weiter in der Missachtung der Erlangungsart geht Rubo, Kommentar zum St.GB. S. 871: § 263 setzt einen objektiv rechtswidrigen Vermögensvorteil voraus; nie genügt ein durch unerlaubte Mittel z. B. dadurch erzielter Vermögensvorteil, dass jemand durch Täuschung einen andern zum Ankauf von Waren bestimmt hat. — Durch diese Einengung des Begriffs der Erpressung und des Betrugs würde die praktische Bedeutung dieser Delikte fast aufgehoben!

[2]) H. H. III 733 und 772. Ihm traten Olshausen § 263[45], Simonson a. a. O. S. 38, Brombacher a. a. O. S. 43 bei.

[3]) a. a. O. S. 63; anders die heutige Praxis: Reichsgericht in G. A. XLV, 363.

[4]) Komm. § 253 IV 2 und Z. XIV S. 396 ff. An dieser Stelle ist auf den nahen Zusammenhang der Auffassung Merkel's und Frank's hinzuweisen. Nach § 748 des I. Entwurfs des BGB. sollte „derjenige, aus dessen Vermögen nicht kraft dessen rechtsgiltigen Willens ein anderer bereichert worden ist", zurückfordern können.

[5]) a. a. O.

§ 123 BGB. nicht bestehe. Aber auch diese Autoren gehen, ebenso wie Merkel, nicht so weit, ganz allgemein der Erlangungsart des Vermögensvorteils ausschlaggebende Bedeutung für seine Reprobierung zuzuerkennen [1]). Durch die Betonung der Widerrechtlichkeit der Erwerbshandlung des Vermögensvorteils sind wir in nahe Beziehung zum Civilrecht getreten und kommen zu einer fürs Strafrecht und Zivilrecht gemeinsamen Fragestellung. Planck [2]) und v. Blume [3]) führen aus, dass die Redaktoren des BGB. die Fassung des § 123 BGB. im Anschluss an §§ 253, 263 St.G.B. beschlossen. Hiedurch rechtfertigt es sich, wenn die Civilisten bei den Darlegungen über den Begriff der rechtswidrigen Bestimmung durch Drohung oder Täuschung auf §§ 253, 263 St.G.B. und die strafrechtliche Litteratur Bezug nehmen; und ebenso die Criminalisten [4]) bei der Begriffsbestimmung des rechtswidrigen Vermögensvorteils auf § 123 BGB. verweisen.

---

[1]) So erklärt es sich, dass sie vielfach missverstanden werden, (Katz G. S. XXXI 443), sogar, wie Merkel und Waag, Widersprüche in der eigenen Darstellung aufweisen. Waag G. S. XXXI, 246: Zur Widerlegung der Merkel'schen Ansicht genüge es, dass das Recht nicht unerlaubte Mittel, sondern unerlaubte Handlungen kennt. — Aber die Prädizierung des Mittels ist doch gleichbedeutend mit der Art und Weise der Erlangung. Richtig dagegen Waag daselbst S. 248 oben. Merkel: H. H. III, 772 steht im Widerspruch mit H. H. III 733. Binding will der Merkel'schen Grundauffassung beitreten; man lese aber seine Normen II, 559.

[2]) Planck: Der Begriff der Widerrechtlichkeit im § 123 BGB. (in der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Regelsberger) S. 155.

[3]) Jherings Jahrbücher Bd. XXXVIII S. 240.

[4]) Frank a. a. O. Malvezy a. a. O. S. 179 IV, 180, 71, 74, 75, 79, 80: gain illégitime: les voies de droit pour servir de mode à l'extorsion doivent présenter les memês caractères que pour constituer une violence au sens de l'art. 1112 du code civil et entraîner la nullité de la transaction qui en a été la suite. Si donc l'emploi qui en a été fait, est légitime et régulier, l'article 400 est inapplicable. Dorigny a. a. O. S. 429, 231 ff. A. A. manche französische Gerichte.

Waag G. S. XXXI, 248 oben: „Von einem strafbaren Betrug, speziell rechtswidrigen Vermögensvorteil kann nur da die Rede sein, wo ein zivilrechtlich zu verfolgender Betrug die Voraussetzung bildet. Ebenso Hälschner II, 265.

Planck a. a. O. 158, 174; v. Blume a. a. O. 239 ff. 241, 242; v. Thur a. a. O. 4, 15; aber auch Frank, Thurow s. o. Bez. der Drohung E. XXXIV, S. 20.

Prüft man nun die Frage nach der Widerrechtlichkeit der Täuschungs- und Drohungshandlung, so sind diese beiden Arten von Handlungen gesondert zu betrachten.

1. Die **Täuschungshandlung** ist an sich widerrechtlich. Daher wird auch die Widerrechtlichkeit im § 123 BGB. gar nicht besonders hervorgehoben. Die Widerrechtlichkeit kann nur ausgeschlossen sein infolge besonderer Umstände. Hier kommen vor allem Notwehr, Notstand, sowie berechtigte Selbsthilfe in Betracht. Beispiel: A, der den B. mit Brandstiftung und Misshandlung bedroht, wenn er ihm nicht eine geringwertige Sache um einen hohen Preis abnehme, wird dadurch abgewehrt, dass ihm der Preis in einem wertlosen Wertpapier oder in der Abtretung einer fingierten Forderung angeboten wird.

Aehnliche Fälle lassen sich beim strafrechtlichen Notstand konstruieren. Diese Feststellungen haben jedoch insofern keinen selbstständigen Wert, als natürlich das Betrugs- und Erpressungsvergehen von Haus aus unter den Regeln von §§ 53, 54 St.G.B. stehen, und deshalb die Strafbarkeit wegfallen würde, auch wenn man die zivilrechtliche Widerrechtlichkeit der Täuschungshandlung anzunehmen hätte. Gössere Bedeutung hat die Heranziehung der §§ 229 und 904 BGB. § 229 kann sehr leicht in Aktion treten. Statt dass man dem fliehen wollenden Schuldner die Brieftasche mit Wertinhalt durch Gewalt abnimmt, veranlasst man ihn durch Täuschung, sie herauszugeben und behält sie dann. [1])

Ob der § 904 BGB. unmittelbar anwendbar ist, ist zweifelhaft, da er nur zum Zugriff auf die Sache berechtigt (auch das ist bestritten) und keinerlei Angriff auf den Willen zulässt. Jedenfalls kann man aber sagen, dass zur Durchsetzung der Ansprüche aus § 904 die Massregeln des § 229 (unter den dort genannten Voraussetzungen) dienen können.

[1]) Obwohl dieser Fall in § 229 nicht aufgeführt ist, wird man doch die Berechtigung solcher Selbsthilfehandlung anzuerkennen haben, weil die Täuschung ebenso wie die Drohung (so auch Planck a. a. O. S. 168) gegenüber der rohen Gewalt sich als das mildere Mittel darstellt.

Aus diesem Grund entfiele die Strafbarkeit der Täuschungshandlung einer Person, die sich gegen Entgeld [1]) Lebensmittel verschaffen will, um sich oder einen anderen, auch nicht Angehörigen, vom Verhungern zu retten [2]).

2) Schwieriger liegt die Frage bei der **Drohung** [3]). Auch hier greifen selbstverständlich die bisher aufgeführten Ausschlussgründe der Widerrechtlichkeit ein. Hier kommt aber noch eine ganz andere Frage in Betracht, die Frage nämlich, inwieweit die Drohungen mit an sich zulässigen Handlungen widerrechtlich sind. Aus diesem Grunde ist in § 123 BGB. die Widerrechtlichkeit der Bestimmung durch Drohung besonders hervorgehoben. Ueber dieses Tatbestandsmerkmal lassen sich folgende Sätze aufstellen:

a) Insoweit das Gesetz dem Berechtigten gewisse Rechtsbefehle, wie Klage und Zwangsvollstreckung zur Realisierung seines Anspruchs gewährt, kann durch die Inaussichtstellung, von demselben innerhalb der gesetzlichen Schranken zwecks Befriedigung des Anspruchs Gebrauch machen zu wollen, eine rechtswidrige Bestimmung durch Drohung nicht verübt werden [4]). Dies folgt nicht nur aus allgemeinen Rechtsgedanken, sondern auch aus vielen gesetzlichen Bestimmungen, welche eine vorherige Insinuation an den Gegner vorschreiben, so C. P. O. §§ 93, 750.

b) Dagegen darf hieraus nicht abgeleitet werden, Widerrechtlichkeit liege immer schon dann vor, wenn durch die Drohung mit einer erlaubten Handlung ein Vermögensvorteil verschafft werden soll, auf den man keinen Anspruch

[1]) Wie es sich verhält, falls der Ersatzanspruch sich von Anfang an unbeitreibbar (z. B. einem Bettler gegenüber) erweist, siehe § 8.

[2]) Alles Bisherige gilt auch von der Gewalthandlung.

[3]) Die folgenden Darlegungen sind erforderlich, da nach der herrschenden Ansicht jedwede Drehung, auch mit einer an sich berechtigten Handlung, falls sie nur geeignet ist, auf die Freiheit der Willensbetätigung einzuwirken, zum objektiven Tatbestand der Nötigung durch Drohung in § 253 St.GB. genügt. Vgl. Olshausen § 253[5]. E. I 205; IV 279; XXVI 305; XXXII 335; Frank § 253 II 2.

[4]) Ebenso Malvezy a. a. O. S. 174, 175; Planck a. a. O. 169.

hat [1]). Andernfalls könnte der Schuldner, der durch die Drohung des Gläubigers mit Einklagung der Forderung und event. mit Zwangsvollstreckung bestimmt worden ist, sein Haus um einen angemessenen Preis an den Gläubiger zu verkaufen, immer den Kaufvertrag anfechten und wäre der Gläubiger stets wegen Erpressung strafbar [2]). Bei derartiger Sachlage ist die Entscheidung gänzlich auf den Einzelfall abzustellen.

c) Ebenso unrichtig wäre jedoch die Behauptung, dass die Androhung der Ausübung eines Rechts niemals eine widerrechtliche Bestimmung durch Drohung ausmachen könne; vielmehr ist dies immer dann der Fall, wenn die Ausübung des Rechtes gegen die guten Sitten verstösst; insbesondere wenn der Drohende die Notlage des Gegners benützt [3]). Gegen letztere These sind von v. Blume u. Planck Einwendungen erhoben worden.

aa) Von Blume [4]) glaubt, dass derartige Widerrechtlichkeit durch § 123 I BGB. nicht getroffen werde, sondern unter § 138 BGB. falle. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Durch § 138 ist nur dasjenige Geschäft für nichtig erklärt, das gegen die guten Sitten verstösst, sei es, dass direkt ein unmoralisches Handeln vereinbart, oder eine an sich erlaubte Handlung verabredet wird, die aber nicht unter Rechtszwang gestellt werden soll, oder schliesslich eine geldwerte Leistung in kausale Beziehung zu einer Handlung oder Unterlassung gesetzt wird, welche von Moralwegen nicht in solcher Beziehung zu Geld oder Geldeswert stehen soll. § 138 legt auf die Art und Weise der Herbeiführung des Geschäfts gar kein Gewicht. Ausserdem kann aber auch ein inhaltlich sittenwidriges Geschäft durch Drohung erzwungen werden [5]), wie es denn auch durch Täuschung herbeigeführt werden kann [6]).

[1]) So Cosack a. a. O. I § 65 II 2, auch Crome a. a. O. I. § 95 S. 431. Diese Ansicht findet sich auch bei Merkel in H. H. III 733 und Buri a. a. O. S. 63, s. o. I, die in derartigen Fällen von rechtswidrigen Vermögensvorteilen sprechen.

[2]) Richtig Reichsgericht in G. A. XL 363.

[3]) So auch Endemann a. a. O. I, 360; von Thur a. a. O. 36/37.

[4]) a. a. O. S. 257 ff.

[5]) So auch Planck a. a. O. 166; bei dieser Sachlage will Hölder a. a. O. S 306 dem § 123 die Stellung als lex specialis einräumen.

[6]) Ferner ist v. Blume darin nicht beizutreten, dass, wenn die Drohung mit einer Ausbeutung der Notlage Hand in Hand gehe, immer § 138 II

bb. Planck [1]) wendet ein, dass die einzige Schranke der Rechtsausübung § 226 BGB. sei. Aber dem § 826 kommt neben § 226 BGB. selbständige Bedeutung zu [2]).

d) Im übrigen ist Planck [3]) der Ansicht, dass die Bestimmung durch Drohung immer widerrechtlich ist, wenn die Handlung, mit welcher gedroht wird, eine solche ist, die auf Grund der allgemeinen Handlungsfreiheit jedermann zusteht. So die Drohung mit Strafanzeige. In dieser Allgemeinheit ist auch diese Behauptung unrichtig. Die Folge wäre, dass der Bestohlene, der dem Dieb sagt, er werde den Diebstahl zur Anzeige bringen, wenn er nicht eine mässige Summe an die Armenkasse zahle, sich der widerrechtlichen Bestimmung durch Drohung, somit einer Erpressung, schuldig gemacht hätte [4]).

e) Richtig ist vielmehr folgendes:

Weder ist die Bestimmung durch Drohung widerrechtlich nur des angedrohten Uebels wegen noch nur des erstrebten Zweckes wegen [5]); sondern beide zusammen betrachtet, dürfen nicht gegen die guten Sitten verstossen, d. h. ein Geschäft, das in der Relation zwischen dem Mittel der Drohung und dem erstrebten Zweck als erlaubtes erscheint [6]), kann nicht wegen widerrechtlicher Bestimmung durch Drohung angefochten werden [7]). Weil die Bestimmung nicht widerrechtlich ist, liegt kein rechtswidriger Vermögensvorteil im Sinn der Erpressung vor.

Anwendung finde. Das Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen der Drohung und abgegebenen Willenserklärung wird allerdings in solchen Fällen oft nicht gegeben sein. Dazu kommt, dass hier meist mit Unterlassung gedroht wird; hierüber s. § 8.

[1]) a. a. O. S. 173.

[2]) Nähere Darlegung würde den Rahmen der Arbeit überschreiten.

[3]) a. a. O. S. 169 ff.

[4]) Näheres s. § 8.

[5]) So Fischer-Henle BGB. zu § 123 Anm. 3.

[6]) Aehnlich von Blume a. a. O. S. 253. So auch Graf zu Dohna: Die Rechtswidrigkeit 1905 S. 54, 65, 66. Mit vollem Recht sagt Garraud a. a. O. S. 524 nro. 2227: la mauvaise foi de l'agent résulte tout à la fois du moyen dont il se sert et du but qu'il poursuit. Ebenso Malvezy a. a. O. S. 69. A. A. Stämpfli a. a. O. S. 56.

[7]) Diese Relation entscheidet auch, ob die Täuschung eine arglistige ist oder nicht.

II) In diesem Zusammenhang ist noch eine Streitfrage zu erwähnen, welche an sich für den Begriff des rechtswidrigen Vermögensvorteils von Bedeutung werden könnte. Es ist nämlich die Frage aufzuwerfen, ob eine widerrechtliche Bestimmung durch Drohung vorliegt, wenn der Drohende ein Recht auf die erzwungene Willenserklärung hat [1]). Wenn der Gläubiger seinen Schuldner durch Drohung bestimmt, seine Schuld zu bezahlen, kann der Schuldner das Geleistete wegen der angewendeten Drohung zurückverlangen? [2]) Mag es auch im Civilrecht fraglich erscheinen, ob in diesem Fall § 123 BGB. zutrifft; das Strafrecht hat seine Entscheidung durch die Aufstellung des § 240 St.GB. getroffen [3]). Bei dieser Sachlage ist wegen Nötigung zu strafen, nicht wegen Erpressung. Der Vermögensvorteil ist somit kein rechtswidriger. Ausserdem ist die strafrechtliche Litteratur darüber einig, dass die Erpressung eine Mittelstellung zwischen den Delikten gegen die Willensfreiheit und gegen das Vermögen einnimmt und ihre empfehlenswerte Auffassung [4]), dass de lege ferenda noch eine

[1]) Ja: Planck a. a. O. S. 174. Rehbein Kommentar I S. 145. Dernburg I S. 443; Endemann a. a. O. S. 360, Anm. 22, v. Thur a. a. O. S. 18, 36, 37, 40; Staudinger Komm. II A. 1. S. 362; nein: Cosack a. a. O. § 65 II 1a; Hölder a. a O. S. 274; v. Blume S. 253: mag auch der Drohende zur Zufügung des angedrohten Uebels nicht berechtigt gewesen sein, mag ihn auch die Zufügung desselben strafbar gemacht haben.

Diejenigen Autoren, die die Frage bejahen, sagen damit noch nicht, dass die Zahlung anfechtbar sei. So leugnen Planck a. a. O. S. 175 ff. und Staudinger I S. 362 die Anfechtbarkeit.

[2]) Auffallend ist, dass die Kontroverse bei der Frage nach der arglistigen Täuschung bis jetzt noch nicht zur Erörterung gekommen ist. s. v. Thur a. a. O. S. 18, 40. Vgl. die sog. pia fraus halten für arglistig: Endemann a. a. O. I S. 355 Anm. 4; Dernburg I 439, 2; a. A. Rehbein a. a. O. S. 148; Cosack I § 65 I 1 b. Angesichts des § 263 St.GB. entbehrt die Frage der praktischen Bedeutung, sofern der Schuldner durch Bezahlung fälliger Schulden nicht im Vermögen geschädigt wird.

[3]) Dies zeigt auch die Geschichte; das römische Recht hatte für diese Fälle des decretum divi Marci; das gemeine Recht strafte wegen verbotener Selbsthilfe. — John (Z. I 234, 244) will nicht wegen Nötigung strafen. Anders mit guten Gründen Buri G. S. XXXIII, 410. Frank Komm. § 240 I. Olshausen § 240.11. Stern a. a. O. S. 72.

[4]) Ihre Vorkämpfer sind Merkel H. H. III 733; Binding: Normen II 561; über die neuere Litteratur s. Stern a. a. O. 111 ff.

weitere Annäherung an den Betrugstatbestand anzustreben sei, spiegelt sich längst in der Handhabung des Begriffs des rechtswidrigen Vermögensvorteils wieder. Auf Grund dieses theoretischen Gedankens in Verbindung mit dem aus § 240 St.GB. sich ergebenden Rechtssatz, kommen wir zu dem Ergebnis, dass das **Handlungsresulta** rechtlich missbilligt sein muss, um von einem rechtswidrigen Vermögensvorteil sprechen zu können. Dies ist aber nie der Fall, wenn der Vermögensvorteil im Wege des Civilprozesses gegen den Extroquierten realisierbar ist, niemals, wenn der Schuldner, sei es auch im Wege der Täuschung oder Drohung zur Bezahlung fälliger Schulden veranlasst wird [1]).

Wird dagegen nicht der Schuldner, sondern ein Dritter durch Drohung gezwungen (z. B. der Vater des Schuldners durch Bedrohung mit Anzeige gegen den Sohn), so ist der erlangte Vermögensvorteil widerrechtlich [2]) [3]). Anderer Ansicht ist Merkel a. a. O.; er hält es für genügend für den Ausschluss

[1]) So schon Schwarze: Neue Jahrbücher für sächsisches Strafrecht I 39, Binding Normen II, 559; Stern 84; Fränkel 17; Meitzel 34: Malvezy 176 III: Frank 253 IV 2: Olshausen § 263, 45a; Reichsgericht in E. XI 155, XX 56: R. I 48: R III 629 u. a. m. P. O. in O. R. XVI, 96. A. A. Dorigny a. a. O. S. 201, IV. Allerdings ist dies nicht immer genügend beachtet worden (ebensowenig in der französischen Litteratur s. Malvezy S. 178). Vor allem sind es die schweren Fälle der Drohung, welche vereinzelt, trotz an sich begründeten Anspruchs, die Gerichte ab und zu veranlasst haben, den Tatbestand der Erpressung für gegeben zu erachten. So das Oberlandesgericht München in Bd. II 274 seiner Entcheidungen (im Gegensatz zu Bd. I 99 daselbst) bei Erzwingung der Ueberlassung der eingetauschten Sache (Realisierung eines Tauschvertrags) mittels Gewalt gegen die Person und unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Aber auch bei leichteren Drohungen wird oft fälschlicherweise Erpressung, bei Anspruchsrealisierung durch Täuschung, Betrug angenommen. E. IV 167: Der subjektive Tatbestand sei erfüllt. Bayerische Entscheidungen III 576. Ueberschrift von R. IX 748. Die Entscheidungen bei Dorigny a. a. O. S. 201.

[2]) Vgl. Oberappellationsgericht Dresden (sächsische Gerichtszeitung XXII 48); P. O. in G. A. XXV, 547; XXVII, 216.

[3]) Natürlich darf keine Ueberschreitung des Anspruchs vorliegen; statt der 100 geschuldeten 1000 beigetrieben werden. J. Dalcke in G. A. XVII 11 ff.; Liebling a. a. O. S. 16. Buri, Beilage zu G. S. XXIX S. 63; Malvezy S. 176 III; 181 V.

sowohl von Erpressung als von Betrug, wenn jemand in abstracto einen rechtlichen Anspruch besitzt, wenn auch derjenige, auf dessen Kosten er ihn in widerrechtlicher Weise realisiert, mit ihm in keinem Schuldverhältnis steht. Hiebei übersieht Merkel die Relativität der Schuldverhältnisse, der Gläubiger hat nur ein Recht gegen den Schuldner, nicht gegen unbeteiligte Dritte. Trotz bestehenden Rechtsanspruchs ist ferner dessen Realisierung rechtswidrig, wenn er wegen entgegenstehender Rechte nicht oder zur Zeit nicht geltend gemacht werden kann [1]).

III. Wenn wir das bisher Gesagte zusammenfassen, so ergiebt sich, dass im Sinne von Erpressung und Betrug **jeder Vermögensvorteil ein rechtswidriger ist, der durch widerrechtliche Bestimmung mittels Drohung oder arglistiger Täuschung herbeigeführt ist, es sei denn, dass das Recht die definitive Vermögensverschiebung billigt.**

IV. Die herrschende Ansicht verwirft nun die schroffe Scheidung zwischen Billigung oder Missbilligung des Vermögenserwerbes. Das Reichsgericht legt in E. XIX, 191 dar: „Ausserhalb des Kreises der geschützten Rechtsgüter versagt auch die strafrechtliche, betrügerisches Handeln verbietende Norm", noch präziser in E. XXXVI, 343: „Im Einklang mit der Litteratur geht das Reichsgericht davon aus, dass grundsätzlich der Tatbestand des Betrugs einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen eines andern voraussetzt. Es versagt insbesondere da, wo der Getäuschte zu einer bloss tatsächlich sein Vermögen mindernden Aufwendung bestimmt wurde [2]).

Die herrschende Lehre anerkennt somit zwischen der Billigung und Missbilligung des Vermögenserwerbes und -Verlustes eine Mittelgruppe, einen Erwerb praeter legem. So schon Rubo [3]),

[1]) Schwarze in der sächsischen Gerichtszeitung XVII 177; P. O. in St. Z. III 136. Württ. Gerichtsblatt XII 171.

[2]) Noch weiter in dieser Richtung geht E. XXXVII 31. Aber wo ist der Rechtsgedanke verzeichnet, dass versari in re illicita rechtlos mache?

[3]) Kommentar S. 871: Nicht ist rechtswidrig der Erwerb praeter legem.

v. Liszt [1]), Kitzinger [2]), Graf zu Dohna [3]), Olshausen [4]) Binding [5]) und viele andere, grösstenteils mit Berufung auf ihn.

Gegenüber der Unterscheidung von Vermögensvorteilen, die ohne Recht (praeter legem) und solchen, die wider das Recht (contra legem) erworben werden, ist an dem Grundsatze festzuhalten: Jede Verschiebung des Vermögens, die in rechtlichen Formen vor sich geht, wird entweder vom materiellen Recht gebilligt oder missbilligt. Tertium non datur. Eine Vermögensverschiebung ohne rechtlich zu taxierende causa giebt es überhaupt nicht. Eine Vermögensverschiebung praeter legem, nach Binding z. B. die Beute des Hazardspielers und Bettlers, ist eine undenkbare Figur.

2) Aus den vorstehenden Ausführungen, sowie aus dem an sich richtigen Satze, dass das Recht einen Vermögensvorteil immer missbilligt, wenn es die Mittel gewährt, denselben rückgängig zu machen, sei es in der Form des Schadensersatzes

[1]) Lehrbuch VII A., S. 466: „Rechtswidrig ist auch die überaus grosse u. praktisch hochwichtige Gruppe der dem Recht gleichgültigen Vermögensvorteile".

[2]) G. S. LV, S. 96, 97.

[3]) a. a. O. S. 54. Rechtswidrigkeit liegt nur dann vor, wenn ein Tatbestand erfüllt ist, an den die Rechtsordnung eine Unrechtsfolge anknüpft.

[4]) § 263.[45].

[5]) L. 263/4 Normen Bd. II S. 559 ff. Hienach ist ein Vermögensvorteil rechtswidrig, wenn er ohne Recht und zugleich auf Kosten der rechtlich anerkannten Vermögenslage eines andern erlangt wird. Beachtenswert erscheint, dass Binding die Identifizierung des Erlangens ohne Recht mit dem Erwerbe praeter legem ausser der Nutzanwendung auf die Beute des Hazardspielers und ähnliche Tatbestände (s. § 8) nicht vernimmt. Was er im übrigen unter der Vorteilserlangung ohne Rechtsgrund versteht, exemplifiziert er an der Okkupation herrenloser Tiere und dem Profite des Kaufmanns. Der Okkupant übe ebensowenig wie der Kaufmann, der teurer verkaufe, als er eingekauft habe, ein Recht aus. Angesichts dieser beiden Beispiele ist zu betonen, dass es lediglich Frage der juristischen Terminologie ist, ob man von einem subjektiven Recht der Okkupation und der Gewinnerzielung des Kaufmanns sprechen kann. Der Okkupationserwerb ist nach § 958 BGB. der Profit des Kaufmanns nach dem Grundsatze der Gewerbe- und Vertragsfreiheit ein rechtlich gebilligter und dies ist allein massgebend. So auch Simonson a. a. O. S. 37. mit der abweichenden wirtschaftlichen Begründung, wonach der Handel produktiv ist, daher wirtschaftlich befugt erscheint, einen Gewinn zu machen.

oder des Rückforderungsanspruchs [1]), folgert eine weitverbreitete [2]) Auffassung, dass, rechtswidrig ein Vermögensvorteil **erst** dann ist, wenn er von dem Gewährenden im Wege Rechtens zurückverlangt werden kann" [3]) [4]). Diese Auffassung wäre nur richtig, wenn dem Dogma der Subsidiarität des Strafrechts gegenüber dem zivilistischen Ersatzzwang absolute Geltung zukäme. Letzteres behaupten Merkel [5]), Temme [6]), Zimmermann [7]), Lauterburg [8]), Dörr [9]), Escher [10]). Das wichtigste Gegenargument ist, dass die Strafe in erster Linie öffentlichen Interessen dient und die ideelle Reparatur des durch die strafbare Handlung eingetretenen Schadens nur als Nebenzweck der Bestrafung

[1]) Die Schadensersatzpflicht ist die spezifische und hauptsächliche zivilistische Unrechtsfolge und die Voraussetzung der Condiktion ist die Missbilligung des Vermögensvorteils durch das Gesetz, das Haben ohne Rechtsgrund.

[2]) Man kann sagen die herrschende, dafern sie, insbesondere infolge der Darlegungen Frank's (Komm. § 253 IV 2 und § 263 VI 3 c u. Z. XIV, S. 392 ff.), von den meisten Gerichten bei zweifelhaften Fällen der Entscheidung zu Grund gelegt wird.

[3]) Während die herrschende Lehre die Rechtswidrigkeit in dem Mangel der agressiven prozessualen Durchsetzbarkeit findet, legt diese Ansicht das Hauptgewicht auf die vom Zivilrecht an die Hand gegebene Möglichkeit des nachträglichen vermögensrechtlichen Ausgleichs. Diese Ansicht vertrat schon Köstlin (Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess XIV 312); Waag (G. S. XXI, 241 ff.); ihr traten bei u. a. Binding L. 364; Thurow a. a. O. 75; Jung a. a. O. 16.

[4]) Interessant sind die Ausführungen Scherer's (Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des BGB. S. 1072/1073): „Der Betrüger beim strafbaren Spiel wird bestraft, muss also, da der Gesetzgeber nicht mit der zivilistischen Hand das schützen kann, was er mit der strafrechtlichen ahndet, das Empfangene herausgeben." Die oben dargelegte Condiktionslehre findet die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils als Begriffsmerkmal des strafbaren Betrugs in der zivilrechtlichen Kondizierbarkeit; Scherer leitet die letztere aus der Strafbarkeit des Betrugs ab. Beide Wege sind m. E. ungangbar.

[5]) Criminalistische Abhandlungen S. 226.

[6]) Die Lehre vom srafbaren Betrug nach preussischem Recht S. 36.

[7]) G. S. XXIX 128.

[8]) a. a. O. S. 195.

[9]) a. a. O. S. 127.

[10]) Die Lehre vom strafbaren Betrug und Fälschung S. 132.

erscheint. Richtig Kleinfeller [1]), Binding [2]), Hold von Ferneck [3]), das Reichsgericht in E. XXIV, 171: „der auf Hälschner II, 264 gestützte Satz, dass wenn eine Vorspiegelung keine zivilrechtliche Haftung begründe, auch von strafrechtlicher Verantwortlichkeit keine Rede sein könne, ist insofern nicht zu bestreiten, als die strafrechtlichen und zivilrechtlichen Folgen des Betrugs regelmässig Hand in Hand gehen; aber nirgends ist davon die Rede, die zivilrechtlichen Wirkungen der Täuschung zu einem Begriffsmerkmal des strafrechtlich verfolgbaren Betrugs zu machen."

3) So giebt es Fälle, wo das Gesetz von allgemeinen Grundsätzen aus den Vermögensvorteil missbilligt und dennoch aus speziell zivilistischen Grundsätzen die Kondiktion versagt [4]). Beispiele sind die §§ 814, 815, 817, 762 4, 656 BGB., die in § 4 behandelt werden.

---

[1]) Kritische Vierteljahrsschrift 1898 S. 238 unter Berufung auf Merkel H. H. III, 851; Hälschner a. a. O. S. 88; von Liszt § 13: „Wo der zivilrechtliche und der zivilprozessuale Schutz nicht ausreicht, soll immer noch ergänzend der strafrechtliche übrig bleiben."

[2]) L. 238, obgleich er selber durch den Schlusssatz seiner Replik für die gegenteilige Ansicht eine Lanze bricht.

[3]) a. a. O. S. 333.

[4]) Umgekehrt charakterisiert auch in Beziehung auf obige Paragraphen Stammler (zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung in der Festgabe für Fitting 1903 S. 143 ff., 151 IV ff.) das Verhältnis der positiven Gesetzesvorschriften zum allgemeinen Condiktionssatz folgendermassen: „Die technisch geformten Gebote führen nur zu leicht zu einer **sachlichen** Unrichtigkeit: daher sieht sich die Gesetzgebung genötigt, nochmals reagierend vorzugehen: in diesem Sinne hat sie die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung geschaffen".

§ 8.

Durchführung der in § 7 gewonnenen Resultate im Einzelnen.

A. Oben wurde dargelegt, dass ein Vermögensvorteil i. S. des § 253 St.GB. nur dann rechtswidrig ist, wenn er im Wege widerrechtlicher Bestimmung durch Drohung herbeigeführt wurde.

I. 1. Unrichtig erscheinen daher aus diesem Gesichtspunkt manche Entscheidungen des Reichsgerichts. So hat E. X, 216 einen rechtswidrigen Vermögensvorteil in dem Schweigegeld gefunden, das der Zeitungsberichterstatter von einer in eine Strafsache verwickelt gewesenen Frau für die Nichtveröffentlichung einer trotz ihrer Freisprechung ihr im öffentlichen Rufe schadenden Gerichtsverhandlung gefordert und erhalten hat, obwohl er für die Einsendung dieses Berichts ebensoviel erhalten hätte [1]).

Bei dieser Sachlage macht sich der Redakteur weder der Ausbeutung einer Zwangslage der Frau schuldig, noch lässt er sich übermässige Aequivalente für seine Handlung, die Unterlassung der Veröffentlichung gewähren. Diese Vereinbarung stellt sich vielmehr als Ausfluss der Vertragsfreiheit dar.

2) Ebenso verhält es sich in der in G. A. XLVIII, 115 referierten Reichsgerichtsentscheidung. Hienach ist derjenige der Erpressung schuldig, der beauftragt war, die für den jeweiligen Geschäftsbedarf eines gewerblichen Betriebs nötigen Arbeiter je nach ihren Fähigkeiten einzustellen und sich einen Vermögensvorteil für die Einstellung durch Androhung der Nichteinstellung von Einzustellenden verschaffte. Da er aber den Arbeitern gegenüber nicht zur Einstellung verpflichtet war, so bedeutet diese Drohung mit Unterlassung keine Drohung im Rechtssinn [2]). Somit entfällt auch eine widerrechtliche Bestimmung durch Drohung.

---

[1]) Weitere Beispiele s. Thurow a. a. O. 81—89, manche derselben erscheinen gemäss § 7 als Erpressungen. Vgl. Hamm D. J. Z. IX. Jahrgang S. 895.

[2]) Ueber Rechtswidrigkeit bei Drohung durch Unterlassung s. von Thur a. a. O. 32—34.

3) Bei Notstand gemäss § 904 erscheint der Eingriff in die Vermögenssphäre eines andern, falls erforderlich, mit Gewalt oder Drohung als berechtigt. Somit erlangt der im Notstand befindliche keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil, wenn er von seinem Notstandsrecht, sei es auch unter Anwendung von Drohung, Gewalt oder Täuschung Gebrauch macht. Hiegegen ist allerdings scheinbar einzuwenden, dass das Gesetz in den Fällen des Notstandes einen Schadensersatz anordnet, somit deutlich zu erkennen gibt, dass der in Notstand Befindliche nicht auf Kosten des Eigentümers bereichert werden soll. Trotz dieser Bestimmung ist der Vermögensvorteil des Ersteren kein rechtswidriger, mag auch der Ersatzanspruch des beschädigten Eigentümers wegen Vermögenslosigkeit des Ersatzpflichtigen unrealisierbar sein. Dies ergibt sich daraus, dass der Schadensersatzanspruch überhaupt **erst** geltend gemacht werden kann, nachdem in rechtlich gebilligter Weise ein Schaden verursacht wurde [1]).

4) Der Judikatur machte folgender, oft wiederkehrender Tatbestand Schwierigkeiten: Jemand bedroht einen andern mit Strafanzeige, wenn er nicht eine bestimmte Geldsumme an die Armenkasse zahle. Nach Endemann [2]) soll hier niemals widerrechtliche Bestimmung durch Drohung vorliegen, somit der Vermögensvorteil der Armenkasse nie rechtswidrig sein. Dieser Auffassung ist beizutreten, sofern es sich um Antragsdelikte [3]) handelt. Durch die Statuierung des Antragserfordernisses hat der Gesetzgeber mit voller Deutlichkeit zu erkennen gegeben, dass das öffentliche Interesse der Bestrafung hinter die private Reaktion zurücktrete. Anders verhält es sich bei den Offizialvergehen. Ist das Schweigegeld mässig, so kann sich der Verletzte auf diesem Wege Sühne verschaffen, da ja anerkanntermassen auch die Strafe eine ideelle Reparatur des dem Verletzten entstandenen Schadens herbei-

[1]) cf. Rümelin: Schadenszurechnung S. 38. Hold von Ferneck a. a. O. S. 236—239.

[2]) a. a. O. I. S. 360 Anm. 22, cf. von Thur a. a. O. 36.

[3]) Immer bei der Beleidigung. Rehbein a. a. O. S. 144; a. A. das Gericht in D. J. Z. II. S. 321.

führen soll. Daher ist E. XXVI S. 354, XXII S. 171 nicht beizustimmen.

II. In § 5 wurde de lege lata dargelegt, dass es Fälle strafbaren Betrugs und Erpressung gebe, bei denen der erstrebte Vermögensvorteil nicht der Vermögensbeschädigung auf seiten des Verletzten entspreche, so insbesondere, wenn gegen Lohnversprechen eines andern das Vermögen eines Dritten durch arglistige Täuschung beschädigt werde. Bei dieser Sachlage beruht die Erlangung des Vermögensvorteils wenigstens **mittelbar** auf einer arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung [1]). Der Verbrecherlohn ist in diesen Fällen nach § 817 Satz 2 BGB. nicht kondizierbar, dennoch aber vom Rechte missbilligt.

A. I. Auf Grundlage des oben verworfenen Satzes, dass ein Vermögensvorteil nur dann rechtswidrig sei, wenn er im Wege Rechtens zurükgefordert werden könne, verneint die in Theorie und Praxis durchaus herrschende Ansicht die Betrugsmöglichkeit bei unsittlichen und gesetzeswidrigen Vereinbarungen, durch die ein Vermögensaustausch in den Formen des Rechts erzielt werden soll [2]).

a) Hierunter verstehen wir nicht diejenigen Fälle, bei denen Jemand einen Gegenstand durch unerlaubte Handlung erlangt hat, der ihm nachher durch einen Dritten in strafbarer Weise entzogen wird. Die Strafbarkeit des Dritten haben nur wenige bezweifelt.

b) Wenn dagegen einer den anderen für eine inhaltlich unsittliche oder gesetzeswidrige Handlung eine geldwerte Gegenleistung verspricht und diese Gegenleistung zu bewirken nie beabsichtigt; sie auch nicht bewirkt, obwohl der andere im Vertrauen auf das Versprechen die verbotene Handlung vollzogen hat, so liegt nach allgemeiner Annahme kein Betrug vor. Derjenige, der eine inhaltlich unsittliche oder gesetzeswidrige Vorleistung bewirkt hat, soll nach dem Willen der Rechtsordnung einen Gegenwert in Geld nicht erhalten. Aus §§ 134, 138 BGB. ergibt sich zur Genüge, dass derjenige, **der für eine inhalt-**

[1]) Allerdings erscheint die Konstruktion hier etwas gekünstelt.

[2]) So insbesondere E. XXI 161; XIX 186; XXVII 300; opp: XVII 264; XXIV 408; G. A. XLII 119; XLVI 217.

lich gesetzeswidrige Vorleistung eine geldwerte Nachleistung verweigert, dem Willen der Rechtsordnung gemäss handelt. Die gesetzeswidrige causa ist keine causa im Rechtssinn, rechtfertigt somit nicht, dass der eine an geldwerten Gütern ärmer werde, als zuvor [1]). Beispiele: Durch die falsche Vorspiegelung der Belohnung veranlasst, 1) macht ein Beamter einen jungen Mann durch einen Federstrich militärfrei, 2) wechselt jemand die Confession, 3) verrät jemand ein militärisches Geheimnis, 4) gibt jemand seine Stimme bei einer Wahl für A ab, ohne dass der andere sein Versprechen hält, wie er von Anfang an sich vorgenommen hatte es nicht zu halten. Die gewählten Beispiele könnten den Schluss nahelegen, dass bei derartigen Gestaltungen zwar Betrug in contrahendo ausgeschlossen, in solvendo dagegen möglich erscheint; dem ist jedoch nicht so.

Beispiel: Derjenige, dem nach der Verabredung die geldwerte Leistung obliegt, genügt seiner Scheinverbindlichkeit zufolge eines erst nach dem Abkommen gefassten Entschlusses durch Hingabe falschen Geldes, oder er liefert seinem Versprechen zuwider mit heimlichen, verdeckten Fehlern behaftete Sachen. Hier ist der andere, der die verbotene Leistung zuvor vollbracht, im Vermögen nicht geschädigt, da er eine Einbusse an geldwerten Gütern nicht erlitten und einen Rechtsanspruch auf die Gegenleistung nicht erlangt hat. Ebensowenig hat der fehlerhaft Leistende selbst einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangt. Daher treffen die Gründe, die für den Ausschluss des Betrugs bei falscher Vorspiegelung in contrahendo sprechen, alle auch bei falscher Vorspiegelung in solvendo zu, sofern nur die eingangs erwähnte allgemeine Gestaltung vorliegt.

c) Erlangte derjenige, welcher die gesetzeswidrige Vorleistung bewirkt hat, trotz der Weigerung des Gegners, sein Geldversprechen zu erfüllen, durch Drohung oder Täuschung die Erfüllung des Geldversprechens (Bezahlung), so hat er nach vorstehenden Darlegungen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangt, ist somit der Erpressung und des Betrugs schuldig. Auch zivilrechtlich wird wohl diesfalls ein Rückforderungsrecht bestehen.

[1]) vgl. Lotmar a. a. O. S. 73 ff.

d) Haben schliesslich bei einem unerlaubten Geschäft beide Parteien ihre Leistungen freiwillig erfüllt, so begeht derjenige, der seine Geldleistung trügerischer- oder drohungsweise rückgängig macht, also das freiwillig Geleistete sich in rechtswidriger Weise wieder verschafft, Betrug oder Erpressung, insoweit BGB. § 817, 2 eine Reparatur der eingetretenen Vermögensverschiebung trotz ihrer Rechtswidrigkeit ausschliesst [1]).

e) Von den bisher aufgeführten Sachlagen wohl zu trennen sind die im folgenden eingehend erörterten Tatbestände, bei denen **jemand einem andern durch Vorspiegelung der Gewährung einer unsittlichen oder gesetzeswidrigen Handlung ein geldwertes Vermögensstück entzieht.** Zu diesen Vermögensstücken gehören auch die Aufwendungen, die der Geschäftsgegner gemacht hat und die der Täuschende in sein Vermögen überführt. Die Klarheit der Erörterung leidet darunter, dass diese Gestaltungen und die unter lit. b angeführten Fälle trotz ihrer wesentlichen Verschiedenheit nicht genügend auseinandergehalten werden. Zur Veranschaulichung des Unterschieds mögen mit der erforderlichen tatsächlichen Veränderung die unter lit. b angezogenen Beispiele dienen: Ein Beamter spiegelt einem anderen vor, er wolle ihn gegen Entgeld militärfrei machen. Der andere bewirkt die ausbedungene geldwerte Leistung. Der Beamte erfüllt aber sein Versprechen nicht, wie er es von Anfang an zu erfüllen nicht im Sinne hatte. Ein Wähler verspricht einem Wahlbewerber, ihm seine Stimme gegen Entgelt zu geben. Der Wahlbewerber leistet den Entgelt. Dennoch giebt ihm der Wähler seine Stimme nicht, wie er auch von Anfang an ihm seine Stimme zu geben nicht beabsichtigt hatte.

Das Reichsgericht hat diese Sachlagen von den unter lit. b aufgeführten nicht immer streng geschieden, so zitiert E XXVII, 300, Tatbestand entsprechend lit. b, die E. XXI, 161 Tatbestand entsprechend lit. e; die E. XXXVI, 342 Tatbestand entsprechend lit. e, die E. XXVII, 300 Tatbestand entsprechend lit. b.

Da die herrschende Lehre einen strengen Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Vermögensvorteil und der Ver-

[1]) Hierüber s. u. 2 a.

mögensbeschädigung in derartigen Fällen konstatiert [1]), so ist zunächst die Frage der Vermögensbeschädigung zu prüfen [2]).

Die Beantwortung der Frage richtet sich ganz nach der prinzipiellen Fassung des Problems. Am deutlichsten zeigt dies ein Vergleich der in O. R. XVI, 788 und O. R. XVIII. 471 entschiedenen Fälle. Nach der ersten Entscheidung hat derjenige, welcher einem andern gegen Zahlung einer gewissen Summe in gutem Gelde falsche Banknoten in einem höheren Betrage zu liefern versprochen hat und statt deren täuschend nachgemachte sog. Räucherpapiervignetten liefert, sich keines Betrugs schuldig gemacht, weil falsche Banknoten im rechtlichen Sinn kein Vermögensobjekt sind, es sonach an der Vermögensbeschädigung fehle, wenn auch in diesem Verfahren des Imploranten die Absicht desselben, sich durch Täuschung einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gefunden werden könne. Dagegen findet die letztere Entscheidung in einem ganz ähnlichen Falle die Betrugsmerkmale sämtlich vorhanden, insbesondere entfalle eine Vermögensbeschädigung nicht deshalb, weil der Geprellte die tausend Taler nachgemachten Geldes nicht erhalten hat, die allerdings kein Vermögensobjekt darstellen, weil sie nicht in Umlauf gebracht werden sollen; vielmehr bestehe die Vermögensbeschädigung darin, dass er aus seinem Vermögen 300 Taler richtigen Geldes weggegeben habe. Letzteres ist der richtige Standpunkt. Er ist auch von manchen reichsgerichtlichen Entscheidungen, allerdings im Gegensatz zu den meisten anderen divergierenden acceptiert worden in Fällen, in denen das Vorhandensein des Betruges deshalb verneint wurde, weil bei derartigen Sachlagen der beabsichtigte Vermögensvorteil kein rechtswidriger sei. So führt E. XXI, 163 aus: „Wenn ein Mechaniker ein Werkzeug zur

[1]) Merkel: Criminalistische Abhandlungen II 222 225, a. A. O. R XVI 788, Oppenhoff Komm. § 263 No. 19 a. Köstlin a. a. O. 317, Vermögensbeschädigung liege vor, aber kein rechtswidriger Vermögensvorteil; ebenso Kohler a. a. O. 45 aber ohne eingehende Begründung, ebenso Binding L. S. 356, Anm. 4 u. S. 364 Anm. 1.

[2]) Dies gehört zwar nicht unmittelbar zum Thema, muss jedoch des nahen Zusammenhanges halber eingeschoben werden. Dies zeigt schon ein Vergleich der nachstehend angeführten Entscheidungen in O. R. XVI 788 und E. XXI, 163.

Ausführung eines Verbrechens angefertigt, dann aber vom Besteller in Gemässheit eines von vornherein gefassten Entschlusses die zugesagte Vergütung für seine Auslagen nicht erhalten hatte, so wäre nach dem der Entscheidung entgegengesetzten Standpunkt Betrug anzunehmen. Diesen bekämpft sie folgendermassen: „Hätte der Mechaniker gewusst, dass er keine Gegenleistung erhalten solle, so würde er seine Leistung unterlassen und hiemit den durch die Täuschung ihm zugefügten Vermögensverlust vermieden haben. Lautete die Definition des Betrugs in § 263 St.GB. dahin, dass derjenige wegen dieses Vergehens strafbar sei, welcher, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, mittels Täuschung das **Vermögen** eines Andern **beschädige,** so würde allerdings Betrug beabsichtigt gewesen sein. Aber weil das Gesetz die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils verlange, entfalle der Betrug.

E. XV, 315 nimmt bei derartigen Fällen vollendeten Betrug an. [1])

Diejenigen Entscheidungen des Reichsgerichts, welche die Vermögensbeschädigung in Abrede stellen, berücksichtigen nur das vom Getäuschten erwartete Aequivalent, das im Rechtssinn immer Null ist. Damit stehen sie in Widerspruch zu der sonst festgehaltenen Anschauung, wonach dieselbe Bedeutung der Leistung des Getäuschten zuzumessen ist. Die alleinige Rücksichtnahme auf das vom Getäuschten erwartete Aequivalent beseitigt die Möglichkeit des Betrugs beim Bettel und bei anderen liberalen Geschäften, die sowohl von der herrschenden Doktrin als Praxis anerkannt wird. [2]) Die herrschende Ansicht

---

[1]) Richtig ebenso Rommel a. a. O. S. 89, Württ. Gerichtsblatt XII 85. Rüdorff-Stenglein Komm. § 263 nro 42. E. XVI, 94. In dem Tatbestand dieser Entscheidung findet Olshausen § 263 nro 30 II b. trotz anderer hier verworfener Fragestellung eine Vermögensbeschädigung, indem er diesen Tatbestand unter die Fälle nicht hinreichender Gegenleistung subsumiert.

[2]) Nach Binding L. 351 wird allerdings der Geber um ein ideales Aequivalent geprellt; aber ein ideales ist kein vermögensrechtliches und kommt somit für die Frage der Vermögensbeschädigung überhaupt nicht in Betracht.

Für die Möglichkeit des Betrugs beim Bettel:

Bayer. Entsch. V. 360, Olshausen 263 No. 38a, Oppenhoff Komm. 263 No. 36; O. R. XVII, 545: Württ. Gerichtsblatt III 123; Hälschner II 449; Merkel

geht mit Recht davon aus, dass dem Vermögen des Getäuschten ein Stück entzogen wird, auf das der Bettelnde keinen Anspruch hat.

Ebenso verhält es sich bei den unsittlichen und gesetzeswidrigen Geschäften. Ohne einen Gegenanspruch, der rechtlich irgendwie in Betracht käme, wird dem Vermögen des Gegners ein Wert entzogen.

Eine Vermögensbeschädigung anerkennt auch Köstlin [1]), dem jedoch Merkel [2]) widerspricht, indem er deduziert, bei Beurteilung des Betrugs komme es nicht mehr auf die Beschaffenheit des Gegebenen, als auf die des vorgespiegelten Aequivalentes an. Der Geber sei überall nur insofern verletzt, als der Gegenwert, in Beziehung auf welchen er gebe, sich als illusorisch erweist, hier also insofern, als sich ein moralisch verwerflicher Gewinn illusorisch zeigt.

Dieser Syllogismus, dem sich auch das Reichsgericht angeschlossen hat [3]), erscheint unrichtig. Die Vermögensbeschädigung darf ebensowenig wie der Vermögensvorteil nach den **Absichten** des Verletzten bemessen werden. Damit ist der Sprachgebrauch und die Auffassung des Volkes, sowie des Juristen einig. Wenn jemand Geld mit wertlosen Banknoten vertauscht, hat er ebenso einen Vermögensschaden erlitten, wie wenn er es in den Fluss geworfen hätte.

Daher hat die richtige Schlussfolgerung zu lauten: „Wer Geld für wertlose Papiere hingiebt, beschädigt sein Vermögen, unerachtet eines etwa erzielten rechtlich missbilligten Vorteils."

H. H. III 765; E. IV 352; VI 360 u. a. m. A. A. G. A. III 792, weil jede Wohltätigkeit nur als freiwillige gedacht werden könne. Konsequent in der gegenteiligen Ansicht Frank Komm. § 263 V dritter Absatz wegen Unterbrechung des Kausalzusammenhangs und weil es sich überhaupt nicht um einen Gegenanspruch handle. Die Kondizierbarkeit ist aber nicht zu leugnen.

[1]) a. a. O. 312 ff.

[2]) a. a. O. 225.

[3]) E. XIX 186; XXI 161; XXVII 300; XXXVII 343; XXXVII 31; 161.

Die hier vertretene Auffassung steht im Einklang mit der herrschenden sog. objektiven [1]) Theorie der Vermögensbeschädigung [2]).

Der Konstatierung des Vermögensvorteils steht kein Hindernis im Wege. Wenn Geld für im Rechtssinn wertlose Gegenstände eingetauscht wird, so wird niemand daran zweifeln.

1) Den Ausgangspunkt der Erörterung der Frage, ob der bei den unter **Ziffer e** aufgeführten Tatbeständen [3]) erlangte Vermögensvorteil ein rechtswidriger ist, muss das Recht des BGB. bilden. Wir haben es hier mit einer Frage des Rechts zu tun, die sich mit den Fragen der Sittlichkeit aufs Innigste verbindet und daher nicht nach antiquierten Anschauungen traktiert werden darf. In Beziehung auf die Rechtssatzungen des BGB. ist noch nirgends über dieses Thema gehandelt worden und doch kann das St.GB. nicht einen Vermögensvorteil als rechtsmässigen bezeichnen, den die moderne Auffassung reprobiert und umgekehrt.

---

[1]) cf. Olshausen § 263 No 22; die subjektive Theorie führt zu anderen Ergebnissen. Stenglein G. S. XLIII 335.

[2]) Eine andere Argumentation führt Gryziecki a. a. O. 96 zu dem hier vertretenen Resultat. Den Ausgang nimmt er von dem persönlichen Rechte der Freiheit der Willensbestimmung, das sicherlich bei der Pönalisierung des Betrugs ein nicht zu unterschätzendes Moment bildet. Das erhoffte Aequivalent führt er aus, verliere seine Eigenschaft auch nicht dadurch, dass es einem gesetzlichen Gebote oder der Moral zuwiderläuft. — In dem Ausbleiben dieses Aequivalents kann jedoch eine Vermögensbeschädigung deshalb nicht gefunden werden, weil dasselbe rechtlich missbilligt, rechtlich gleich Null ist. — Galli in D. J. Z. IX, S. 1126 tritt zwar der herrschenden Ansicht darin bei, dass bei unerlaubten Geschäften eine Vermögensbeschädigung im Rechtssinn undenkbar sei, empfiehlt aber die reichsgerichtliche Lehre von der Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln hierauf auszudehnen. Aus triftigen Gründen hat das Reichsgericht in G. A. XLVI 330 wie schon in G. A. XLVI 216 und E. XXXVI 344 dies abgelehnt.

Unter Missachtung der Lehre vom Irrtum über ausserstrafrechtliche Rechtssätze gipfelt Galli's Ausführung in folgendem Satze:

„Wenn der Täter seine Handlung als geeignet angesehen hat, eine Vermögensbeschädigung zu bewirken, so ist dies zur Bestrafung wegen versuchter Vermögensbeschädigung völlig genügend, andernfalls ist sein Gegenbeweis nicht entgegenzunehmen, so beim Kriminalstudenten".

[3]) Die Beschaffenheit des Problems fordert, wie oben nachgewiesen, solche Begrenzung.

Nach den Begriffsbestimmungen der herrschenden Lehre [1]), derjenigen Bindings [2]) und Merkels [3]) ist der Vermögensvorteil ein rechtswidriger, aber die gesamte Theorie und Praxis schliesst sich hier teils ausdrücklich teils konkludenterweise **der** Auffassung an [4]), dass nur der revozierbare Vermögensvorteil ein rechtswidriger ist. Da nach § 817 Satz 2 BGB. die Kondiktion entfällt, erscheint somit der herrschenden Lehre der Vermögensvorteil nicht als rechtswidriger.

2) Jedoch ist diese Begründung keineswegs durchschlagend, vielmehr der erlangte Vermögensvorteil ein rechtswidriger [5]).

a. Zunächst erscheint es äusserst bedenklich aus § 817 Satz 2 eine gesetzliche Billigung derartiger Erwerbe abzuleiten. Dagegen spricht schon seine Stellung im II. Buche des BGB. im Recht der Schuldverhältnisse; ausserdem aber die ausserordentliche Bestrittenheit seines Anwendungsgebiets.

In erster Linie ist es fraglich, ob ein absolutes dingliches Recht von dieser Norm betroffen wird. Bei beiderseitiger Turpitudo oder gesetzwidrigem Verhalten vollzieht sich eine

[1]) So § 7 C I.

[2]) a. a. O. 225: „sittlicher Mackel, der am Gewinn des Verletzenden haftet"; aber kein rechtswidriger Vermögensvorteil.

[3]) E. XXI 161; XXXVII, 31.

[4]) Dass die herrschende Lehre ihre Ansicht ändert, anerkennt Olshausen § 263 No. 45 ausdrücklich.

[5]) So auch das Reichsgericht in E. XV 315, E. XXIV 408 (der Dieb ist hier zugleich Anstifter zur Partirerei) und G. A. XLII 119 im Widerspruch zu seiner sonstigen Judikatur. Letztere Entscheidung hält denjenigen für einen Betrüger, der durch die Vorgabe, es liege in seiner Macht, Beamte zu bestechen, sich einen Vermögensvorteil zuwendet. Nach Neumann, Komm. zum BGB. Bd. II zu § 817 ist dieser Tatbestand gerade ein Schulfall für § 817 Satz 2, ebenso nach Fischer Henle BGB. § 817 Ziff. 8. Auch die ausländische Judikatur hat zu dem Tatbestande schon Stellung genommen und nicht gezögert, wegen Betrugs zu bestrafen. (David: Etude théor. et prat. sur le délit d'escroquerie 1883 S. 101 ff.; Sirey: Recueil général des lois et des arrêts 1889 S. 2, 84, 86-92, 1891 I S. 238, wo in Anm. 1 u. 2 noch viele derartige Entscheidungen zitiert sind; s. auch Dorigny a. a. O. S. 124 II, 147 III ff. 154 C, Garraud a. a. O. S. 567 No. 2263: Oesterreichischer Kassationshof in Nowack Plenarbeschlüsse IV No. 326, VII No. 101.

Uebereignung wegen §§ 134, 138 BGB. nicht, so dass der Uebereignende den Gegenstand vindizieren kann. Wenn man hiegegen eingewendet hat, die Unsittlichkeit affiziere nur die causa, nicht aber die abstrakten und dinglichen Rechtsgeschäfte, so ist dagegen geltend zu machen, dass die Loslösung des Uebereignungsgeschäfts von der causa meist auf dem Willen der Parteien beruht, die sich unmöglich über die Gebote der Sittlichkeit und des Rechts stellen können.

Diese Ausführungen sprechen gegen die vielfach vertretene Auffassung [1]), dass trotz beiderseitigen Verstosses gegen das Gesetz oder die guten Sitten eine Schuldverbindlichkeit im Rechtssinn eingegangen werden könne, wenn sie nur eine abstrakte sei [2]). Zum Beweise mag angeführt werden, dass das BGB. in wichtigen Fällen dem Schuldversprechen die Wirksamkeit versagt, weil es der unterliegenden Causa die Kraft einer Schuldbegründung schlechthin abgesprochen wissen will. So in den Fällen des Spiels u. s. w. Man vergleiche §§ 764, 656 BGB. Wieviel grösser ist die Verpönung eines Leistungsaustausches bei der Sachlage der §§ 134, 138 BGB. [3]).

Scherer stellt den Satz auf, dass wenn ein gesetzwidriges Geschäft nur teilweise erfüllt sei, die beiderseitige Rückforderbarkeit trotz § 817 anzuerkennen sei. Daraus müsste die herrschende Lehre folgern, dass in der Regel Betrug vorliegt, da ja meist bei demselben nur teilweise erfüllt wird [4]).

---

[1]) Oertmann D. J. Z. VII. Bd. S. 105 ff. in seinem Kommentar zu § 817 No. 3; Enneccerus a. a. O. I. Bd. S. 247, 780; Planck Komm. Bd. I § 138 1b.

[2]) Anders verhalte es sich nur dann, wenn das Schuldversprechen oder -Anerkenntnis ausdrücklich auf die verbotswidrige Causa Bezug nehme. Auch mit dieser Einschränkung ist die Auffassung unrichtig. Dernburg a. a. O. I 199, 200, II 2, 601; Collatz in Jherings Jahrbüchern XL, 141. Lotmar a. a. O. S. 63. Cosack a. a. O. I § 162 IV 3a.

[3]) Gegenteiliges kann aus dem Worte Verbindlichkeit in § 817 2 nicht entnommen werden. Vgl. den Ausdruck Rechtsgeschäft in §§ 134, 138, 140—142 BGB.

[4]) Eine von den bisher aufgeführten Meinungen völlig abweichende Auslegung des § 817, 2 vertritt Engelmann in Staudingers Kommentar des BGB. Bd. II zu § 817.

Uebrigens dürfte noch fraglich sein, ob nicht das Zivilrecht die Kondiktion zulässt, wenn bei dem unerlaubten Geschäft noch eine arglistige Täuschung unterlaufen ist [1]). Dass dies bei einer Drohung der Fall ist, ist noch nie bezweifelt worden.

b. Da die Vermögensverschiebung auch bei § 817, 2 in den Formen des Rechts eingetreten ist, so muss das Recht, wie schon oben dargelegt, entweder billigend oder missbilligend hiezu Stellung nehmen. Forschen wir nach Rechtsgründen der Billigung des Erwerbs, so drängt sich der Gedanke der Privatstrafe auf. Die Versagung der Condictio soll eine Strafe für gesetzwidrig Handelnde sein. Dieser Grund war nach den Anordnungen des preussischen Landrechts, das in § 1731 I 16 die Kondiktion dem Geber zwar versagte, sie aber dem Fiskus übertrug, wohl der richtige. Nach dem BGB. scheint dieser Gesichtspunkt nicht mehr zutreffend zu sein, da die Privatstrafe dem modernen Rechtsbewusstsein durchaus fremd ist, auch in den früheren Gesetzgebungen nebenher meist noch die Funktion des Schadensersatzes erfüllte. Das BGB. hat die Privatstrafe in Fällen abgeschafft, wo sie in den früheren Gesetzgebungen bis zur Emanation des BGB. noch in voller Blüte gestanden hatte. So ist insbesondere die Erbunwürdigkeit des BGB. § 2339 ff nur nach dem Gesichtspunkt des wahren oder mutmasslichen Willens des Erblassers geregelt, und nicht soll das Institut mehr zur Bestrafung des Abkömmlings dienen, der gegen seinen Vorfahren delinquierte. Umso auffallender wäre die Annahme der Privatstrafe bei § 817, 2 BGB., wo doch der tatsächlich Lukrierende nicht weniger turpis ist, als der andere!

---

[1]) Oertmann D. J. Z. a. a. O. S. 106, 107 „wenn das abstrakte Schuldversprechen, dem eine gesetzeswidrige Causa zu Grunde liegt, noch einen andern Anfechtungsgrund, wie Zwang oder Betrug aufweist, so ist es stets anfechtbar". M. E. ist dies nur eine Consequenz des von Oertmann eingenommenen Standpunkts der Giltigkeit der abstrakten Schuldversprechen. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus ist die arglistige Täuschung bedeutungslos, da sie den ausgesprochenen objektiv unsittlichen Charakter des Geschäfts keineswegs verändert.

c. Der einzig denkbare legislatorische Grund des § 817, 2 [1]) ist der Umstand, dass das Zivilgericht mit derartigen schmutzigen Sachen nichts zu tun haben will, ein Gesichtspunkt, der für die Strafbarkeit des Gegners das öffentlichrechtliche Verhältnis des Staates zu einem gesetzwidrig Handelnden völlig ausscheidet. Die Richtigkeit der Begründung erhellt aus dem von der herrschenden Strafrechtslehre unrichtig [2]) gewürdigten Verhältnis von § 17, 2 zu § 812 BGB. § 812 BGB. enthält den allgemeinen Kondiktionssatz: Was ohne rechtlichen Grund erlangt ist, ist zu restituieren. Hievon bildet § 817, 2 eine Ausnahme. Obgleich, wie § 817, 1 besagt, bei Turpitudo des Empfängers der Empfang ohne Rechtsgrund erfolgte, so soll nach Satz 2 ausnahmsweise bei der daselbst geschilderten Sachlage die Kondiktio aus **praktischen Gründen** ausgeschlossen werden, nicht aber deshalb, weil dann der Empfang rechtlich gebilligt ist. Der richtige Inhalt des § 817, 2 ist: Trotz Erlangung ohne Rechtsgrund soll ausnahmsweise die Condictio ausgeschlossen sein [3]).

3) Damit stehen wir im Einklang mit dem allgemeinen Teil des BGB., insbesondere mit den §§ 134, 138 und mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein. Das primäre und ausschliessliche, durch seine Stellung im allgemeinen Teile des BGB. als solches charakterisierte und hiedurch mit Giltigkeit für die gesamte Privatrechtsordnung versehene Gebot ist:

„Bei gesetzwidrigen und unsittlichen Geschäften soll ein Leistungsaustausch unterbleiben; die gesetzeswidrige Causa ist keine Causa im Rechtssinne, welche eine Ver-

[1]) Hierauf beruht auch der umfangreichere römische Satz: in pari turpitudine potior est possessor.

[2]) Auch von Jung a. a. O. S. 115, 116; richtig dagegen Planck Komm. II zu § 817.

[3]) Man beachte insbes. in § 817, 2, dass wenn die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht, also noch nicht realiter erfüllt ist, die Condictio z. B. des Schuldscheins besteht, somit wieder die Regel des § 812 statthat. Hienach wäre in Konsequenz der herrschenden Lehre der Täuschende wegen Betrugs strafbar, wenn er sich einen Schuldschein geben lässt, dagegen nicht, wenn er Geld empfängt!

schiebung in der Vermögenslage der Kontrahenten rechtfertigt [1]).

4) Es ist nun noch darzutun, dass nicht durch entgegenstehende Gesichtspunkte des Strafrechts diese Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils im Gesichtskreise des öffentlichen Rechts unbeachtlich erscheint.

a. Dass dies nicht der Fall ist, zeigt nicht nur die aus den Entscheidungen des Reichsgerichts ersichtliche, über ganz Deutschland verbreitete Rechtsprechung; dies lehrt auch ein Ausblick auf die doch so ziemlich unter derselben Kulturauffassung lebende französische und österreichische Judikatur [2]), welche ohne Skrupel in allen derartigen Fällen Betrugsstrafe eintreten lässt.

b. Dass der Gesichtspunkt der Kulpakompensation, der von manchen eingewendet wurde, für das Strafrecht ausser Betracht zu bleiben hat, ist schon längst von berufeneren Schriftstellern dargelegt worden. Es darf vielleicht noch darauf aufmerksam gemacht werden, dass das BGB. selber überall da, wo öffentliche Interessen mitreden, diesen Gesichtspunkt ausgeschlossen hat. So entfiel insbesondere bei beiderseitigem Ehebruch der Ehegatten nach den meisten früheren Rechten die Scheidungsmöglichkeit aus diesem Grunde. Anders das BGB.

5) Als letzter, aber wichtigster Grund der Richtigkeit der hier vorgetragenen Ansicht ist das Bedürfnis des Lebens anzuführen [3]).

[1]) Die Richtigkeit dieses Gedankenganges, die durch Jung a. a. O. S. 115, 116 keineswegs widerlegt ist, entspricht den für die allgemeine Norm des BGB. vorbildlich gewordenen Art. 1131, 1133 des code civil, das allerdings einen dem § 817, 2 des BGB. entsprechenden einschränkenden Zusatz nicht enthält.

[2]) Köstlin a. a. O. S. 314. Merkel a. a. O. II 226. S. die zahlreichen Beispiele bei Kohler a. a. O. 43; auch Sirey a. a. O. 1889 S. 2, 84; ausdrücklich auch Dorigny a. a. O. S. 140 1; David a. a. O. S. 101 ff.

[3]) Der Einwand Kohlers a. a. O. S. 46, dass der Täter, wenn er seine versprochene unerlaubte Handlung ausführte, meist milder bestraft würde, als wenn er das Geld nimmt und sie unterlässt — man solle nur an den Fall denken, dass Betrug im Rückfall steht — ist nicht durchschlagend, da der Betrugstatbestand überhaupt entfällt, wenn der Täter in dem Zeitpunkt, als er das Geld annahm, die Absicht hatte, die unerlaubte Handlung auszu-

a. Dies erkennen selbst die Gegner grösstenteils an.

So sagt E. XXI, 163: „Dass in den bezeichneten Fällen eine Strafe wegen Betrugs nicht verhängt werden kann, wird sich u. A. als missständig fühlbar machen, zumal nicht überall wenigstens (wann denn regelmässig?) aus anderen strafrechtlichen Gründen die Möglichkeit einer Bestrafung dargeboten sein wird, und die Vorschrift des § 173 I, 16 A L R., nach welcher die Konfiskation des Gewinnes aus unerlaubten Geschäften zu Gunsten des Fiskus stattfinden soll, nach dem St.GB. nicht ausführbar erscheint."

Indirekt bestätigt hiemit die Gesetzgebung des deutschen Reiches sowie des Auslandes, Oesterreichs und Frankreichs, dass besondere Strafbestimmungen rücksichtlich dieser verbrecherischen Tatbestände überflüssig sind.

b. Der Austausch von Vermögensstücken bei gesetzwidrigen Handlungen bildet ausserdem im Strafrecht oft einen Strafschärfungsgrund. Man denke nur an §§ 218, 219 St.GB. Hieher zu rechnen ist auch das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmässigkeit d. h. der Absicht, sich aus der Begehung von Verbrechen eine dauernde Einnahmequelle zu machen.

c. Gerade bei einem Delikte, dessen eigenartige Natur in der Vielgestaltigkeit seiner täglich variablen Erscheinungsformen besteht, sollte unter allen Umständen den Anforderungen des Verkehrslebens auf praktische Art genügend Rechnung getragen werden. Die unabweisbaren Bedürfnisse der Praxis sollten hier rein theoretischen Spekulationen so wenig als möglich weichen müssen.

---

führen, diese Absicht aber hernach aufgab. Nur dann kommt Betrug in Frage, wenn der Täter zur Zeit der Vereinbarung die bewusst falsche Vorspiegelung machte, er werde die unerlaubte Handlung begehen. Der Täter ist also in strafrechtlich bedeutsamer Weise regelmässig überhaupt nicht vor die Wahl gestellt, die gesetzeswidrige Handlung auszuführen und hiewegen zur Strafe gezogen zu werden, oder aber trotz der empfangenen Gegenleistung die Handlung nicht vorzunehmen und dann der Betrugsstrafe zu verfallen. Denn hat der Täter bei der Vereinbarung und Empfangnahme der Geldleistung beabsichtigt, die verbotene Handlung auszuführen, später aber davon Abstand genommen hatte, so scheidet der Betrug mangels falscher Vorspiegelung von vornherein aus.

Gerade die Untersuchung, ob ein Geschäft gesetzwidrig oder unsittlich ist, ist es, die dem Richter oft die grössten Schwierigkeiten in den Weg legt, und die zivilistische Litteratur der letzten dreissig Jahre hat in dieser Beziehung mehrfach geschwankt. Im Nachfolgenden möge es gestattet sein, einige Beispiele aus der Praxis anzuführen, bei denen nach der überwiegenden Ansicht ein Betrug sich nie ereignen könnte.

Pacta de non licitando, vertragsmässige Abhaltung vom Mitbieten bei öffentlichen Versteigerungen, sind, als gegen die guten Sitten verstossend, nichtig. Dennoch kann dabei ein Betrug auch nach der prinzipiell von anderen Entscheidungen divergierenden Ansicht des Reichsgerichts E. III 429 verübt werden. „Wenn jemand durch die Vorspiegelung, unterbieten zu wollen, eine Geldsumme einem andern abschwindelt, so ist er wegen Betrugs strafbar, weil das Recht das Vermögen gegen Verfügungen schützt, welche der Inhaber nur auf Grund eines in ihm erregten Irrtums vorgenommen hat, wider seinen wahren Willen". (Vergl. Merkel'sche [1]) und Brombacher'sche [2]) Begriffsbestimmung oben.)

Jemand lässt sich eine strafgerichtliche Denuntiation abkaufen und schweigt nicht. Ist hier Betrug nicht denkbar?

Ein Vertrag behufs Ankaufs von Waffen während des Kriegs, in den Deutschland verwickelt ist, zwecks Ausführung ins Ausland, ist nichtig. (Landesverrat.) Sollte dabei der Inländer vom Ausländer straflos betrogen werden können?

Bei all' diesen Verträgen wäre, weil sie gegen die guten Sitten oder das Gesetz verstossen, nach der herrschenden Ansicht ein Betrug ausgeschlossen. Statt weiterer Beispiele möge folgender Satz der Motive angeführt werden: „die Vorschrift, dass ein gegen die guten Sitten verstossendes Rechtsgeschäft nichtig ist, stellt sich als bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar, der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher grossen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Fehlgriffe sind

[1]) H. H. III 733, 772.
[2]) a. a. O. S. 43.

nicht ausgeschlossen“ [1]). Sollten gewerbsmässige Betrüger diesen Zustand ungestraft ausnützen dürfen?

6. Aehnliche Erwägungen haben wohl Escher [2]) zu seiner Ansicht geführt, deren Ausgangspunkten noch heute die herrschende Lehre beipflichtet, indem auch er schon aus der Kondizierbarkeit der Leistung seinen Standpunkt begründet. Nach ihm ist Betrug ausgeschlossen, wenn es sich um eine nach der Moral oder dem Naturrecht unerlaubte Handlung handelt, anders wenn sie bloss durch ein positives Gesetz verboten ist. Allerdings ist die Begründung unrichtig: Escher nimmt nämlich an, dass diesfalls trotz gesetzlichen Verbots gültige Ansprüche aus dem Vertrag entstehen, zweifellos ein contradictio in adjecto. Ausserdem ist die Unterscheidung zwischen Naturrecht und positivem Recht unserer heutigen Auffassung nach eine Unmöglichkeit. Dazu kommt noch, dass die Escher'sche Ansicht dem Wesen des Rechts, als der Regel des Guten, soweit sie sich zur äusseren zwingenden Norm eignet, widerspricht.

Aufgabe des Staates ist, die Rechtsidee zu verwirklichen. Diese Aufgabe erfüllen die Gesetze, mithin aber muss jede Handlung, die sich der Erfüllung jener Aufgaben, den Gesetzen, widersetzt, unsittlich und unmoralisch genannt werden [3]).

II. Es ist kein Grund einzusehen, weshalb nicht das Rechtsprinzip: „Kein Vermögensaustausch auf Grund unerlaubter Geschäfte“ auf die Fälle der **Zauberei und Hexerei** anzuwenden ist [4]).

[1]) Motive I 211.

[2]) a. a. O. S. 132 ff.

[3]) Alle älteren Autoren gelangen zwar zu einem festen Schlussergebnis; ihre Ausführungen sind jedoch so unklar, dass z. B. Gryziecki a. a. O. 95 berichtet, dass Merkel a. a. O. 225 der Escher'schen Ansicht a. a. O. 132 beistimme. Allerdings schreibt Merkel a. a. O., dass nur Escher seine Meinung zu teilen scheine, aber er gelangt inhaltlich zu ganz verschiedenen Deduktionen. Merkel legt des weiteren dar, die Ansicht Temme's (a. a. O. S. 80 ff.) sei unrichtig, auch habe er Escher missverstanden. — Soweit aus den nicht durchaus einwandfreien Beispielen Temme's zu schliessen ist, vertritt er den oben dargelegten richtigen Standpunkt.

[4]) s. Garraud a. a. O. S. 585 nro 2276, Dorigny a. a. O. S. 92, 124, 211, 217, 218, 327 § 2 bei: Nekro-, Karto-, Chiro-, Rhadomantie u. s. w. kann Betrug vorkommen.

In der gegenteiligen Auffassung folgerichtig spricht sich das Reichsgericht in G. A. XLVI 219, 330, E. XIX 180 hierüber folgendermassen aus: „Kein Betrug liegt vor, wenn der Getäuschte durch Vorspiegelung einer rechtlich unmöglichen [1]) Gegenleistung zu einer eine Minderung seines an sich rechtlich geschützten Vermögens einschliessenden Aufwendung bestimmt worden ist. Denn auch hier ist davon auszugehen, dass eine derartige Benachteiligung nicht in der fraglichen Aufwendung an sich, sondern lediglich in der Nichtgewährung des versprochenen Aequivalents ihren Grund hat, und dass man daher auch in solchem Falle, wollte man das Ausbleiben dieses Aequivalents als Vermögensbeschädigung qualifizieren, unterstellen müsste, der Getäuschte hätte einen Rechtsanspruch auf die fragliche rechtswidrige Gegenleistung gehabt, was sich selbst widerspricht. Der auf Erlangung einer rechtlich unmöglichen Gegenleistung gerichtete Wille kann als rechtlicher und rechtlich verletzbarer sowenig strafrechtlich wie zivilrechtlich anerkannt werden." Aber diese Auffassung ist sachlich und rechtlich unerträglich; denn hienach hätte das Blumenmedium Rothe, das Geister zu zitieren versprach, wegen Betrugs nicht bestraft werden können; auch der fahrende Schüler bei Hans Sachs, der den verstorbenen Mann der Bäuerin besuchen zu können behauptete und

---

[1]) Zur Exemplifizierung des Satzes, dass auch bei rechtlich unmöglicher Gegenleistung der Betrugstatbestand gegeben sei, möge folgendes dienen: Nach § 2033 II BGB. kann ein Miterbe über seinen Anteil an einem einzelnen Nachlassgegenstand nicht verfügen. Eine solche Verfügung ist somit rechtlich unmöglich. Trotzdem wird in folgenden Fällen Betrug anzunehmen sein, da auch hier der Vermögensaustausch, die Geldleistung, des Rechtsgrundes entbehrt: Der Besitzer eines Grundstückes betreibt auf diesem die Gewinnung von Kohlensäure; er nimmt wahr, dass auf dem Nachbargrundstück ebenfalls Kohlensäure zu gewinnen wäre und trachtet darnach, dieses Grundstück zu erwerben. Nach dem Tode des Eigentümers gibt sich jemand unter Vorlegung eines gefälschten Erbscheins als Teilerbe aus und verkauft ihm seinen angeblichen Anteil an diesem Grundstück um einen sofort entrichteten Kaufpreis. — Ein tatsächlicher Miterbe verkauft bei obigem Sachverhalt seinen Anteil an dem Grundstücke unter Vorspiegelung eines übertriebenen durch gefälschte Geschäftsbücher glaubhaft gemachten jährlichen Geschäftsgewinns aus dem Nachbargrundstück.

zu diesem Behufe von derselben Geld und andere Bedürfnisse erhielt, würde straffrei ausgehen.

Ohne ersichtlichen Grund tritt aber E. XXIV 171 für das Gebiet des Aberglaubens unserem Standpunkt bei. Dass alle diese Vorgänge eine Bestrafung verdienen, zeigt der Stand der Praxis, die durchgängig [1]) den Tatbestand des Betrugs als vorhanden annimmt.

III. Den Regeln über die gesetzeswidrigen Geschäfte §§ 134 138 BGB. unterstellt die herrschende zivilistische Ansicht ferner das **absolut verbotene Spiel und Wette** [2]). Auch bei diesen kann nach den obigen Darlegungen ein Betrug begangen werden. Dies wird wohl im Anschluss an die Motive II 644 die strafrechtliche Condiktionslehre zugeben. Hier heisst es: „Stehen solche Geschäfte in Frage, so sind sie nichtig. In der Regel wird auch Nichtigkeit des dinglichen Vertrags eintreten, sofern nämlich anzunehmen sein wird, das Gesetz habe zur Erreichung seines Zwecks durch sein absolutes Verbot nicht blos den obligatorischen, sondern auch den dinglichen Vertrag treffen wollen [3]). Das Geleistete kann also vindiziert und soweit es nicht mehr vorhanden, Ersatz mit der condictio sine causa verlangt werden! Dies auszusprechen ist überflüssig.“ Diese Ausführungen, die heute noch allgemein anerkannt werden [4]), sind zivilistisch unrichtig, da auch hier eine beiderseitige Gesetzeswidrigkeit vorliegt. die nach § 817, 2 die Condiktion ausschliesst. Die Nichtberücksichtigung letzterer Bestimmung lehrt aber, wie wenig § 817, 2 BGB. Giltigkeit als allgemeine prinzipielle Rechtsnorm verlangen kann, dass er

[1]) cf. P. O. in St. Z. V 373: in G. A. XIII 224, XXIII 535, O. R. V 365. Henke: Handbuch des Kriminalrechts III, S. 66. Beispiele erscheinen überflüssig.

[2]) Einen praktischen Grund dieser Spielkategorie sieht der Verfasser nicht ein, sofern die Anwendung des § 762 BGB. zu keinem andern Resultat führt, als die §§ 134 198 817 2 BGB. Dazu kommt die nicht unerhebliche Schwierigkeit, in concreto zu entscheiden, ob ein unerlaubtes Spiel vorliegt. s. Planck Komm. II S. 502 II vor § 762.

[3]) Bestritten s. Planck a. a. O. II S. 502.

[4]) Planck a. a. O. II S. 502 II vor § 762 Endemann a. a. O. I 1171 u. a. m.

vielmehr nur Zweckmässigkeitsgründen seine Existenz verdankt und jedenfalls bei Betrachtung der allgemeinen Rechtsgedanken hinter §§ 134, 138 BGB. zurücksteht.

Obwohl beim **erlaubten** Spiel-, Wett-, Lotterie-, Differenz- und Ehemäcklergeschäft nach BGB. §§ 762 4, 656 die Kondiktio des freiwillig Geleisteten ausgeschlossen ist, so anerkennt doch die herrschende Ansicht einen strafbaren Betrug und Erpressung, sobald der Spielgewinn u. s. w. auf letztere Weise realisiert wird.

Auch hier ist die Hauptfrage:

Billigt das Gesetz einen Vermögenserwerb auf Grund Spieles, Wettens u. s. w.?

BGB. giebt uns keine zweifelsfreie Antwort auf diese Frage, ebensowenig seine Vorarbeiten [1]). Daher findet sich ein bedenkliches Schwanken in der zivilistischen Litteratur [2]) und Praxis. Ja es möchte fast scheinen, als ob bei Spiel, Wette, Differenz-, Lotterie-, Ehemäcklergeschäft [3]) auch die zivilrechtliche Litteratur eine Vermögensverschiebung praeter legem anerkennen würde [4]), also einen Erwerb, den das Recht weder billigt noch missbilligt. Nach der allgemeinen Volksauffassung gilt zwar das kleine Spiel, bemessen nach den Verhältnissen

[1]) s. Motive II, S. 644.

[2]) s. Endemann a. a. O. I S. 585, Anm. 9 u. 10.

[3]) Der Einfachheit halber wird im Folgenden nur vom Spiel gesprochen, darunter aber alle Geschäfte der §§ 762 4 u. 656 verstanden.

[4]) Dies zeigt sich an folgenden Fällen:

1. Kann der Erbe, der eine Schuld bezahlte, ohne zu wissen, dass es eine Spielschuld ist, das Geleistete condizieren?

nein: Motive II 644, Planck a. a. O. II § 762 2a, Crome a. a. O. S. 833, Anm. 25.

ja: Scherer a. a. O. S. 1073 No. 9: „Die Motive stellen den gesunden Menschenverstand auf den Kopf". Nach dem Folgenden stimme ich Scherer bei.

2. Kann derjenige, der den Spieler beauftragt hat zu spielen, die Herausgabe des Gewonnenen verlangen?

nein: Planck S. 503 III vor § 762 u. Cosack a. a. O. I § 156, II 3.

ja: Crome II S. 834; Dernburg a. a. O. II 2 S. 142 II; Reichsgericht Civilentscheidungen LI S. 159; XL 256.

der Mitspielenden, für rechtsgiltig [1]). BGB. hat aber im Gegensatz zum römischen Recht demselben die Anerkennung versagt. Somit sind, auch wenn man die unerlaubten Spiele ausnimmt, sämtliche übrigen gleich zu behandeln.

Auf Grund der positiven Bestimmungen des Gesetzes komme ich zu der Ansicht, dass das Gesetz einen Vermögenserwerb durch Spiel missbilligt [2]) [3]).

1) Somit begeht derjenige Betrug und Erpressung, der einen Spielgewinn im Wege der Täuschung oder Drohung realisiert. Die entgegengesetzte Ansicht könnte nur ev. wegen Nötigung strafen.

---

3. Kann der Spieler klageweise Ersatz seiner Auslagen, Verluste u. s. w. verlangen?

nein: Planck, Dernberg, Cosack, Civilentscheidungen LI 159; XXXIV 266.

ja: Crome, das Oberlandesgericht Hamburg unter eingehender Bekämpfung von Civil E. LI 159, s. „Das Recht" 1904, Bd. VIII, S. 602 No. 2604.

4. Kann derjenige, der ein Darlehen zur Ermöglichung des Spiels gegeben hat, dasselbe zurückverlangen?

nein: Scherer a. a. O. S. 1074, 10 d: „Der Darlehensgeber verdient sowenig Rechtsschutz wie der Spieler". Dernburg II 2 S. 143.

ja: Endemann I, S. 1173 Anm. 10. Cosack I § 156 Anm. 13, Planck S. 502 III vor § 762.

5. Kann eine Saldofeststellung wegen Zugrundeliegens von Spiel und Wettforderungen angefochten werden?

Mit Staub a. a. O. § 355 Anm. 31 ist Rechtswirksamkeit nur insoweit anzunehmen als nach Abzug der Spielpost für den Gegner ein Ueberschuss verbleibt.

A. A. Regelsberger in Jhering's Jahrbüchern XLVI, S 26. Lehmann-Ring H. G. B. § 355 Anm. 30.

[1]) Dies anerkennt die Strafrechtslitteratur mit vollem Recht: Binding L. S. 406 Anm. 1, Frank Komm. § 284 II; Olshausen § 284 nro 1. Den Grund der Strafbarkeit gewisser Spiele findet die herrschende strafrechtliche Ansicht ganz richtig in der Gefährlichkeit des Spiels für das **Vermögen.** Vgl. code civil art. 1966.

[2]) Am nächsten steht mir ausser Scherer Dernburg a. a. O. II 1, S. 10: „Einige Verbindlichkeiten (BGB. 762 4, 656) missbilligt das Gesetz": wenn er aber fortfährt: „Dennoch sind sie erfüllbar", so ist er anderer Ansicht. Richtig Hellwig (Anspruch um Klagrecht S. 13 Anm. 14.): Auf Grund der § 762 4, 656 BGB. entsteht keine Verbindlichkeit. Im Konkurse ist das Geleistete als unentgeltliche Verfügung gem. § 32 K. O. anfechtbar (bestritten: s. Jäger, Konkursordnung § 32 Anm. 4).

[3]) Daher kann gemäss § 817 der Darlehensgeber das Darlehen nicht zurückverlangen; weder kann der Auftraggeber den Spielgewinn, noch der Beauftragte Auslagen und Verlust ersetzt verlangen.

2) Wenn jemand bei der Spieltätigkeit selbst trügerisch handelt, z. B. fälschlich vorspiegelt, sein Spielwurf habe statt 37 40 Würfelaugen ergeben, oder andere trügerische Manipulationen vornimmt, und sich infolge dieser Handlungen einen Geldgewinn auszahlen lässt, so hat er einen strafbaren Betrug begangen. Die strafrechtliche Kondiktionslehre müsste, sofern sie der Herbeiführungsart des Vermögensvorteils nur nebensächliche Bedeutung zumisst, in allen diesen Fällen die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils leugnen. Einzig und allein Kohler bleibt in grösster Folgerichtigkeit der Kondiktionslehre auch beim Spiele treu [1]). Jedoch fast zu allen Zeiten [2]) ist hier wegen Betrugs gestraft worden; ebenso wie dies in Oesterreich [3]) kraft ausdrücklichen Gesetzeswortlautes, in Frankreich [4]) kraft langjähriger Gerichtspraxis geschieht.

3) Andererseits ist es infolge des Satzes, dass die Spielcausa einen Vermögensaustausch nicht rechtfertigt, kein Betrug, wenn ein Spieler durch die falsche Vorspiegelung, der Spielwurf des Mitspielers habe nur 37 statt 40 Würfelaugen ergeben, dem Mitspieler einen Gewinn entzieht, den er nach dem gewöhnlichen Verlaufe des Spiels erhalten hätte. So auch das Reichsgericht in G. A. XLIII 54. Diese von dem hier vertretenen Standpunkt aus zu billigende Entscheidung lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn man der Auffassung beitritt, dass nach dem Willen der Rechtsordnug auf Grund Spieles niemand an geldwerten Gütern ärmer werden soll. Der Unterschied zwischen

[1]) a. a. O. S. 43; anders die herrschende Lehre: E. XXII 107; XXXVIII 401, Reichsgericht in G. A. XLVI 328. Rubo a. a. O. 872, Frank § 263 VI 3. c. Pfizer G. S. XLI 336, der die Frage der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils nicht prüft. In den Münchener Entscheidungen IV 554 fehlt es an der Täuschung. — Unzutreffend ist die Begründung der herrschenden Ansicht in R. VII 653, wo es heisst, das Fundament des Betrugs liegt nicht im Spiele, sondern in der Täuschung.

[2]) Freund: Lug und Trug unter den Germanen S. 154. Köstlin: Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 134, Anm. 3. Theresiana von 1768 art. 72.

[3]) Oesterreichisches Strafgesetzbuch § 201 e.

[4]) Sirey a. a. O. 1883 I 91; 1886 II 236; 1893 II 260; 1903 II 172. Garraud a. a. O. S. 582 nro 2263. David a. a. O. S. 96. Dorigny a. a. O. S. 345 ff. Auch dem französischen Recht ist la dette du jeu une obligation naturelle (c. civ. art. 1965) et comme telle non munie d'action (Dorigny S. 346 III). Er fährt fort c'est un, „Je ne sais quoi-, sans valeur".

dem eben geschilderten Tatbestand und der unter Ziffer 2 dargelegten Sachlage liegt darin, dass infolge der Täuschung hier ein Vermögensaustausch unterbleibt, dort aber ein solcher herbeigeführt wird.

4) Hat schliesslich der Spieler den Spielgewinn seinem Mitspieler freiwillig bezahlt, und entzieht er das Geleistete dem Mitspieler im Wege der Täuschung oder Drohung, ist er wegen Betrugs und Erpressung strafbar?

Die Frage ist mit E. XXX 338 zu bejahen. Da nun einmal das positive Gesetz im Wege Rechtens eine Reparatur des bei Spiel und Wette freiwillig Geleisteten (ebenso wie bei den ausgesprochenerweise dem Gesetz und den guten Sitten zuwiderlaufenden Geschäften) verweigert, so soll eine solche Reparatur sicherlich auch nicht auf rechtswidrige Weise zulässig sein [1]).

V. Nach § 814 BGB.kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Das logische Verhältnis des § 814 zu § 812 ist jedoch kein anderes, als das oben für § 817, 2 konstatierte. Obwohl kein Rechtsgrund der Leistung besteht, soll doch die Zurückforderung ausgeschlossen sein aus anderweiten praktischen Erwägungen. Daher erlangt derjenige, der eine solche Leistung trügerischer- oder drohungsweise sich verschafft, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil [2]).

VI. Nach dem hier vertretenen Standpunkt ist daraus, dass die verjährte Schuld mit der Spielschuld und der moralischen Verbindlichkeit [3]) [4]) unter die Naturalobligationen ge-

[1]) Nach den obigen Darlegungen ist es somit für die hier interessierenden Fragen völlig bedeutungslos, welche Wirkung man dem Verbote der Lotteriegeschäfte beimisst. S. Beling: Württembergische Strafgesetzgebung S. 15.

[2]) So auch die Praxis bes. des preussischen Obertribunals O. R. XVI 59; XVII 375; XVIII 564.

[3]) Endemann a. a. O. I S. 587 Anm. 18 u. S. 1029.

[4]) Mit Recht bekämpft Hellwig a. a. O. S. 13 Anm. 14 die noch nach BGB. vorherrschende Klassifikation gewisser Obligationen als Naturalobligationen (Endemann I § 99, Dernburg a. a. O. II 1 § 3).

rechnet wird, weil bei diesen eine Condiktio des vom Schuldner freiwillig Geleisteten entfällt, für die Frage der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils bei Betrug und Erpressung kein Schluss zu ziehen. Andererseits wäre es von grösster Bedeutung, wenn wie Stammler [1]) annimmt, dem Gläubiger der verjährten Forderung nach Eintritt der Verjährung eine Kondiktio gegen den Schuldner zustünde. Dann wäre der Gläubiger, der die verjährte Forderung widerrechtlicherweise innerhalb des Bereicherungsrahmens beitreibt, nur ev. wegen Nötigung § 240 StGB., niemals aber wegen Erpressung oder Betrugs zu bestrafen. Diese Auffassung ist jedoch unrichtig. Das für sie angeführte Argument aus Art. 83 W. O. ist ebensowenig durchschlagend, wie die Deduktion aus angeblich bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen. In Art 83 W. O. haben wir es mit einem durch das jus strictum der Wechselobligation bedingten Ausnahmesatz zu tun, der eine analoge Anwendung auf gewöhnliche verjährte Forderungen nicht duldet; vielmehr ist aus ihm regelmässig ein argumentum e contrario zu ziehen. Ausserdem widerspricht das Rechtsgefühl, wie es im BGB. und zahlreichen Entscheidungen der Gerichte sich verkörpert hat, der Zulässigkeit obiger Kondiktion. Schliesslich folgt die Unzulässigkeit der letzeren aus dem Zwecke des Verjährungsinstituts, dessen Aufgabe es ist, Friede und Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten.

Im übrigen ist es für die Entscheidung der Frage völlig gleichgültig, ob man mit der herrschenden Ansicht gerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede verlangt oder die aussergerichtliche Erklärung für genügend erachtet [2]). Unter allen Umständen muss dem Schuldner, **der die Einrede nicht erhoben hat,** Gelegenheit gegeben worden sein, sie geltend zu machen. Daher wird die im Wege der Täuschung erzielte Befriedigung für eine verjährte Forderung (wobei sich die Täuschung auch darauf beziehen kann, dass die Verjährung noch nicht eingetreten sei) regelmässig den Tatbestand des Betrugs erfüllen, sofern der Schuldner nachträglich darlegt, er würde zur Zahlung aufgefordert, die Verjährungseinrede geltend

[1]) a. a. O. S. 165.

[2]) so Hölder a. a. O. S. 449a, Hellwig a. a. O. S. 12 Anm. 21.

gemacht haben. Ebenso ist der im Wege der Drohung erlangte Vermögensvorteil ein rechtswidriger, wenn der Schuldner sich geweigert hat, die Forderung zu bezahlen, mag er auch seine Weigerung erst nach der Bezahlung auf die Verjährung gegründet haben.

Hat der Schuldner die Einrede der Verjährung schon vor der zwangsweisen Beitreibung der Forderung durch den Gläubiger erhoben, so macht sich nach obigen Darlegungen der Gläubiger zweifellos eines Betrugs oder einer Erpressung schuldig [1]).

Die Richtigkeit dieser Ausführungen beruht auf folgenden Erwägungen: Nachdem der Schuldner die Verjährungseinrede in rechtsgiltiger Weise geltend gemacht hat, hat der Gläubiger seinen rechtlich begründeten Anspruch auf Bezahlung der Schuld insoweit verloren, als nicht eine Befriedigung aus dem kraft Pfandrechts u. s. w. (§ 223 I. II. BGB.) der Verfügung des Schuldners entzogenen Vermögen in Frage steht.

Der Umstand, dass der Schuldner das nach Erhebung der Verjährungseinrede von ihm freiwillig Geleistete gemäss § 814 BGB. nicht mehr zurückfordern kann, ist kein Argument für die gegenteilige Ansicht, da wie oben dargelegt § 814 seine Existenz nur Zweckmässigkeitserwägungen verdankt. Keines Beweises bedarf, dass, wenn man gerichtliche Geltendmachung des Einrederechts verlangt, dieses Recht die Leistung zu verweigern dem Schuldner nicht durch Täuschung oder Drohung entzogen werden darf.

Hat dagegen der Schuldner die Schuld freiwillig bezahlt, obwohl er imstande war, die Verjährungseinrede geltend zu machen, oder obwohl er sie rechtsgültig erhob, so ergiebt sich daraus, dass das Gesetz ihm ein Rückforderungsrecht versagt (BGB §§ 222 II und 814), dass er, wenn er sich das Geleistete im Wege der Täuschung oder Drohung wieder verschafft, Betrug oder Erpressung begeht.

VII. Eine ähnliche Tendenz, wie das Institut der Verjährung, verfolgt dasjenige der materiellen Rechtskraft des Civilurteils. Eine im Wege der Täuschung oder Drohung erfolgende Realisierung einer nach materiellem Rechte zustehenden,

[1]) So kgl. sächsisches Oberappellationsgericht in St. Z. V 365.

durch rechtskräftiges Urteil aber zurückgewiesenen Forderung enthält dann einen rechtswidrigen Vermögensvorteil, wenn das Recht keine Rechtsbehelfe mehr gegen das Urteil gewährt [1]). Ebenso begeht Betrug oder Erpressung derjenige, welcher unrechtmässigerweise als Schuldner verurteilt wurde und sich nach rechtskräftigem, durch ausserordentliche Rechtsbehelfe nicht mehr angreifbarem Urteil der Leistung durch Täuschung oder Drohung entzieht [2]). Dies ist eine Folge der sog. positiven Funktion des Civilurteils. Zu ganz anderen Ergebnissen, ähnlich wie bei der Darlegung über die Verjährung gezeigt wurde, müsste man gelangen, wenn man mit Stammler [3]) dem Gläubiger, dem etwas zu Unrecht aberkannt wurde, eine Bereicherungsklage gegen den Schuldner einräumen würde. Aber welche Bedeutung soll nach Stammler der Rechtskraft des Urteils dann noch zukommen, wenn der gesamte abgeurteilte Tatbestand nur unter anderer juristischer Beleuchtung dem Richter nochmals unterbreitet werden dürfte? Früher begründete man die oben vertretene Ansicht damit, dass man in dem rechtskräftigen Urteile einen unmittelbar Rechte und Pflichten begründenden Tatbestand erblickte. Heutzutage wird dies von vielen Seiten nicht mehr anerkannt, sondern dem rechtskräftigen Civilurteil nur noch sog. prozessuale Feststellungswirkung [4]) zugeschrieben, d. h. das als bestehend festgestellte Rechtsverhältnis kann nicht mehr mit Erfolg bestritten, das Verneinte nicht wieder behauptet werden (res judicata pro veritate accipitur). Der aus letzterem gegen obige Darlegung zu entnehmende Einwand, dass die Rechtskraft nicht über die Grenzen des Civilprozesses hinaus gelte, insbesondere den Strafrichter nicht binde, erledigt sich durch die richtige Auslegung des § 261 St.PO., wie sie die Entwicklungsgeschichte dieser Vorschrift [5]) lehrt. Hienach bindet das Civilurteil den Strafrichter überall, wo das Erkenntnis unter den Parteien ein ihrer Verfügung unterworfenes Rechts-

[1]) [2]) O. R. XVIII 248, P. O. in G. A. XXVI, 521; E. XX 56.

[3]) a. a. O. S. 164 ff.

[4]) s. Hellwig a. a. O. S. 210 No. 5, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft S. 7 ff. Gaupp-Stein: Komm. zu C. P. O. § 322 III.

[5]) Motive zur St. P. O. S. 188/189, Löwe-Hellweg, Kommentar zur St. P. O. § 261, 1.

verhältnis (was bei den meisten Vermögensverhältnissen zutrifft) für die Zukunft feststellt. Anders verhält es sich dagegen bei Rechtsverhältnissen, welche nicht durch Willenserklärungen begründet oder abgeändert werden können, welche vielmehr nur durch andere Ereignisse (Zeugung, Geburt) begründet werden.

Hiezu kommt noch ein weiterer Punkt. Wenn es nämlich unzulässig ist, im Wege des ordentlichen Rechtsgangs gegenüber einem erlassenen, wenn gleich materiell ungerechten, Civilurteil sein Recht geltend zu machen, so muss es nach dem Geiste der Rechtsordnung noch viel verpönter sein, dies im Wege der Selbsthilfe mit den Mitteln der Täuschung, Drohung oder Gewalt zu tun.

Die letzten Ausführungen beweisen aber auch, dass der Schuldner, der trotz ergangenen, materiell ungerechten, den Gläubiger abweisenden Urteil die Forderung freiwillig bezahlt hat, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangt, wenn er das Geleistete, die Zahlung, widerrechtlicher Weise dem Gläubiger wieder entreisst. § 814 BGB.

VIII. Wären die für das Civilurteil aufgestellten Regeln auf das Strafurteil analog übertragbar, so wäre wegen Betrugs oder Erpressung strafbar, wer sich durch Täuschung oder Drohung einer ungerechten Strafe entzieht. Dies ist aber nicht der Fall, dem strafprozessualen Urteil fehlt die positive Funktion, es hat nur eine negative Bedeutung. Die rechtskräftige Verurteilung macht den Unschuldigen nicht zum Verbrecher und begründet keinen staatlichen Strafanspruch, sondern deklariert ihn nur, falls er sonst schon begründet. [1])

IX. Besondere Behandlung hat noch die Frage zu erfahren, ob die Eingehung einer reichen Ehe einen rechtswidrigen Vermögensvorteil im Betrugssinn darstelle. Mit der herrschenden Ansicht [2]) ist zu sagen, dass der Vermögensvorteil rechts-

[1]) Vgl. Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts S. 409. A. M. Binding, Grundriss des Strafprozessrechts V. Auflage S. 294 § 127 IX.

[2]) E. XIV 143; XXXIV 87. A. A. Katz G. S. XXXI 441. Im französischen Rechte gilt der Grundsatz: en mariage, trompe qui peut. Garraud a. a. O. S. 587 nro 2279; Dorigny a. a. O. S. 159; anders aber quand l'agent a eu l'intention d'époser non pas la jeune fille, non pas d'époser ses biens, mais de les escroquer.

widrig ist, wenn der Täuschende gar nicht beabsichtigt, ein eheliches Leben zu führen, oder wenn die Ehe eingegangen wird, lediglich, um das Beibringen des anderen Ehegatten wider Gesetz oder Vertrag für eigennützige Zwecke statt für die Ehe zu verwenden.

Ist nun der Vermögensvorteil ein rechtswidriger, so erhebt sich die weitere Frage, ob ohne weiteres Betrugsstrafe eintreten muss.

Ein unter Ehegatten verübter Betrug ist nur auf Antrag verfolgbar; Diebstahl und Unterschlagung sind ganz straffrei. Hieraus folgt, dass der Gesetzgeber das friedliche Zusammenleben der Ehegatten nicht durch brutalen Eingriff stören will, dass er dieses Interesse über dasjenige, das er an der Verfolgung eben genannter strafbarer Handlung hat, stellt. Hiezu kommt, dass BGB. § 1134 eine Anfechtung der Ehe auf Grund einer Täuschung über Vermögensverhältnisse für unzulässig erklärt.

Aus diesen beiden Gründen folgt m. E., dass die strafrechtliche Verfolgung des Ehegatten, der in Bereicherungsabsicht durch Täuschung des anderen Ehegatten über Vermögensverhältnisse eine reiche Ehe eingegangen hat, von dem Antrage des getäuschten Ehegatten abhängig ist [1]).

Die Teilnehmer am Betruge sind dagegen immer strafbar. Stellt der getäuschte Ehegatte Strafantrag, so ist der täuschende zu bestrafen, unerachtet der von der herrschenden Lehre allein berücksichtigten Tatsache, dass der täuschende Ehegatte nach Eingehung der Ehe seine vermögensrechtliche Stellung zu Unrecht ausnützt.

---

[1]) So, wenn man, was freilich nicht unbestritten ist, die Vorschrift des § 263 für eine Bedingung der Strafbarkeit hält, die nur im Momente der Strafverfolgung vorhanden sein muss.